

# God nok grunn?

En studie av rettspraksis om begrunnelseskravet i jursaker fra Den europeiske menneskerettsdomstol og Norges Høyesterett.

Kandidatnummer: 217

Leveringsfrist: 15. januar

Antall ord: 37 197



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Om problemstillingen .....	1
1.2	Problemstillingens bakgrunn .....	2
1.3	Fremgangsmåte.....	5
<b>2</b>	<b>METODE .....</b>	<b>7</b>
2.1	Innledning.....	7
2.2	EMDs rettspraksis.....	7
2.2.1	Relevans .....	7
2.2.2	Slutning .....	9
2.2.3	Vekt .....	10
2.3	EMDs praksis som norsk rettskildefaktor .....	12
2.3.1	Relevans .....	12
2.3.2	Slutning .....	13
2.3.3	Vekt .....	15
2.4	Særlig om metoden ved tolking av kravet om rettferdig rettergang etter artikkel 6 .	16
<b>3</b>	<b>RETTSPRAKSIS FRA EMD OM BEGRUNNELSE I JURYSAKER TIL OG MED KAMMERDOMMEN TAXQUET MOT BELGIA.....</b>	<b>19</b>
3.1	Innledning.....	19
3.2	Utvikling av begrunnelseskravet i rettergang generelt .....	19
3.3	EMDs avgjørelser om begrunnelse i juriesaker før Taxquet.....	22
3.4	Taxquet mot Belgia fra januar 2009 .....	25
3.4.1	Innledning .....	25
3.4.2	Endrede samfunnsforhold?.....	26
3.4.3	Konkret vurdering .....	27
3.4.4	Rettsutviklingens rekkevidde .....	29

<b>4</b>	<b>BEGRUNNELSESKRAVETS UTVIKLING I NORGE FØR TAXQUET MOT BELGIA.....</b>	<b>32</b>
4.1	Innledning .....	32
4.2	Rt. 2002 s. 1530 .....	33
4.3	Kritikk av juryens ubegrunnede kjennelser .....	35
4.4	Ankenektelser i straffesaker .....	39
4.5	Begrunnelse av forvaltningens enkeltvedtak .....	40
<b>5</b>	<b>HØYESTERETTS OPPFØLGING AV KAMMERDOMMEN TAXQUET MOT BELGIA .....</b>	<b>43</b>
5.1	Rt. 2009 s. 750 .....	43
5.1.1	Overblikk.....	43
5.1.2	Hensyn bak begrunnelseskrevet .....	44
5.1.3	Høyesterett tolker EMDs praksis .....	46
5.1.4	Betydningen for norske forhold .....	47
5.1.5	Nærmere om hensynene og Høyesteretts fremgangsmåte .....	50
5.1.6	Hensynet til en reell og samvittighetsfull behandling.....	52
5.1.7	Etterprøvingshensynet.....	54
5.1.8	Overprøvingshensynet.....	57
5.1.9	Flere endringer? .....	61
5.1.10	Oppsummert om endringene .....	63
5.1.11	Sikkerhetsmekanismer som eksisterte før Høyesteretts behandling .....	64
5.2	Rt. 2009 s. 1118.....	65
5.3	Rt. 2009 s. 1439.....	67
5.3.1	Flertallets votum.....	68
5.3.2	Mindretallets votum .....	73
5.4	Rt. 2010 s. 865.....	77
5.4.1	Flertallets vurdering .....	77
5.4.2	Mindretallet .....	80
5.5	Et apropos om senere utvikling .....	81

<b>6</b>	<b>TAXQUET MOT BELGIA (STORKAMMER).....</b>	<b>83</b>
6.1	Innledning.....	83
6.2	Medlemslandenes anførsler .....	83
6.3	Storkammerets vurdering .....	85
6.3.1	Tolking av EMDs tidligere praksis .....	86
6.3.2	Prøving av begrunnelsen .....	89
6.3.3	Sammenligning med Høyesterett .....	90
6.4	Dommer Jebens' særvotum .....	92
<b>7</b>	<b>EMDS PRAKSIS OM BEGRUNNELSESKRAVET I JURYSAKER ETTER TAXQUET MOT BELGIA .....</b>	<b>94</b>
7.1	Innledning.....	94
7.2	Judge mot Storbritannia (februar 2011).....	94
7.2.1	Kammerets argumentasjon.....	95
7.2.2	Særlig om bruken av skotsk rettspraksis .....	96
7.3	Shala mot Norge (juli 2012) .....	98
7.3.1	Kammerets argumentasjon.....	98
7.3.2	Bruk av Høyesteretts praksis.....	100
7.4	Fem saker mot Frankrike (januar 2013) .....	101
7.4.1	Vurdering av fransk straffeprosess.....	101
7.4.2	Konkret vurdering .....	105
7.5	Oppsummering/sammenligning.....	111
<b>8</b>	<b>OPPSUMMERING OG VURDERING.....</b>	<b>113</b>
8.1	Innledning – demokrati og rettssikkerhet .....	113
8.2	Vurdering av Høyesteretts rettsutvikling.....	115
8.2.1	Hensyn bak begrunnelseskrevet .....	115
8.2.2	Om det å endre norsk rett uten klare holdepunkter for at EMD krever det .....	116
8.3	Dialoghensynet .....	118
8.4	Fremtidens begrunnelseskrev .....	120

<b>9</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>122</b>
9.1	Litteratur .....	122
9.2	Lover og konvensjoner .....	127
9.2.1	Norske lover .....	127
9.2.2	Konvensjoner .....	127
9.2.3	Franske lover .....	128
9.2.4	Belgiske lover .....	128
9.3	Forarbeider .....	128
9.4	Rettsavgjørelser .....	130
9.4.1	Høyesterett .....	130
9.4.2	Lagmannsrett .....	131
9.4.3	Tingrett .....	131
9.4.4	Den europeiske menneskerettsdomstolen, inklusive avgjørelser fra Den europeiske kommisjonen .....	131
9.4.5	Appeal Court, Skottland .....	136
9.4.6	Conseil constitutionnel, Frankrike .....	136
9.4.7	Cour de cassation, Frankrike .....	136
9.4.8	FNs menneskerettighetskomité .....	136
9.5	Annet .....	137
<b>10</b>	<b>APPENDIKS - OVERSETTELSE .....</b>	<b>138</b>
10.1	Sitat fra R. mot Belgia, sitert på s. 22 .....	138
10.2	Code d’instruction criminelle artikkel 323, sitert på s. 56 .....	138
10.3	Menneskerettserklæringen av 1789 artikkel 7 (utdrag), sitert på s. 103 .....	138
10.4	Sitat fra Fraumens, sitert på s. 107-108 .....	138
10.5	Sitat fra Legillon, sitert på s. 109 .....	139
10.6	Taxquet (K) avsnitt 41-49 .....	139
10.7	Taxquet (SK) avsnitt 84, 90 og 92, sitert på henholdsvis s. 86, 87 og 88 .....	141

# 1 Innledning

## 1.1 Om problemstillingen

Avhandlingens tema er nyere rettspraksis om begrunnelseskravet i jursaker fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (heretter EMD) og Norges Høyesterett. Mitt hovedfokus ligger på hvordan rettspraksis, primært EMDs rettspraksis, brukes som rettskilde i avgjørelse. Problemstillingen kan deles inn i en generell del, en spesiell del og en vurderingsdel.

For det første er det et spørsmål hvilken betydning praksis fra EMD har som rettskilde i norsk rett generelt. Etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) er det bare avgjørelser rettet mot konvensjonsstaten selv som er bindende for den aktuelle staten.<sup>1</sup> Rettspraksis fra EMD kan likevel få rettskildevirkninger hvis norske domstoler benytter den som rettskilde. Spørsmålet som melder seg, er da i utgangspunktet det samme som for all rettskildebruk, nemlig om (eller når) EMDs praksis er en relevant rettskilde, hva den taler for og hvilken vekt den skal få i samspill med andre rettskilder.

For det andre kan vi spørre hvilken betydning EMDs praksis har hatt som rettskilde i én enkelt eller flere saker. Dette er hovedsakelig hva oppgaven min går ut på, å studere rettskildebruken konkret i nyere rettspraksis vedrørende begrunnelseskravet i jursaker. Dette gir et annet perspektiv på en rettskilde fordi juridisk argumentasjon, særlig domstolens argumentasjon, ikke foregår på et teoretisk nivå, men for å løse en konkret sak.

Begrunnelseskravet i jursaker har vært gjenstand for økt oppmerksomhet i avgjørelser fra EMD og Høyesterett de siste 5 årene. I 2009 konstaterte EMD krenkelse av EMK i *Taxquet mot Belgia* fordi de fant dommen utilstrekkelig begrunnet. Belgia anket saken til storkammerbehandling. På grunn av EMDs dom ble også en rekke saker anket inn til Høyesterett. Før *Taxquet* var behandlet i storkammer og dermed var endelig, behandlet Høyesterett i plenum spørsmålet om norske jursaker var tilstrekkelig begrunnet. Høyesterett vurderte forholdet til begrunnelseskravet slik det var tolket av EMD. Både i denne dommen og i to etterfølgende dommer foretok Høyesterett en utvikling av de krav som stilles til be-

---

<sup>1</sup> EMK artikkel 46 (1)

grunnelse. I 2010, etter Høyesteretts rettsutvikling, behandlet EMD *Taxquet* i storkammer. EMD har siden avsagt avgjørelser om begrunnelseskravet i jurysaker i Storbritannia, Norge og Frankrike med utgangspunkt i *Taxquet*.

Problemstillingen som har vært til behandling, er hvilke krav som stilles til begrunnelse i saker hvor skyldspørsmålet er avgjort med jury. Juryens avgjørelse er anonym og inneholder kun et «ja» eller «nei» på rettens spørsmål. Under plenumsbehandlingen i 2009 endret Høyesterett saksbehandlingen på flere måter, og krevde i en senere dom at lagmannsretten i noen få enkelttilfeller må redegjøre for «springende punkter» i bevisvurderingen. Jeg undersøker hvordan Høyesterett argumenterte for endringene og særlig hvordan EMDs praksis ble brukt som rettskilde, men også det samspillet den inngår i med andre rettskilder.

EMD har senere avsagt flere dommer om begrunnelseskravet i jurysaker. Dommene, herunder den endelige dommen i *Taxquet*, kan brukes til å vurdere hvordan Høyesterett brukte EMDs praksis som rettskilde kontra hvordan EMD gjorde det samme. Høyesterett har dessuten gitt uttrykk for et ønske om dialog med EMD og om å påvirke deres praksis.<sup>2</sup> Dette er nærmere beskrevet i neste punkt. På denne bakgrunn utforsker jeg hvordan EMD i sin seneste praksis om begrunnelseskravet, har forholdt seg til praksis fra nasjonale domstoler når de har vurdert om begrunnelsen var tilstrekkelig i sakene om begrunnelse etter *Taxquet*. Lar EMD seg påvirke av nasjonale domstolars vurdering? Rettsutviklingen oppsummeres og vurderes til sist i oppgaven.

## **1.2 Problemstillingens bakgrunn**

Sammenlignet med tidligere spiller internasjonale rettskilder og internasjonal tolkningspraksis en mye viktigere rolle enn før. Dette gjelder spesielt for EØS-retten og de menneskerettighetskonvensjoner som er gjennomført i norsk rett, herunder EMK.<sup>3</sup> På begge disse områdene spiller internasjonale domstolars tolkning av reglene en sentral rolle. På grunn av internasjonaliseringen kan rettskildebildet sies å ha blitt mer fragmentert og omfattende.

---

<sup>2</sup> Rt-2000-996 s. 1008

<sup>3</sup> Arnesen/Stenvik 2009 s. 11-13

EMDs praksis er ikke bare en relativt ny rettskilde, men når man hentere argumenter derfra, forutsetter det at man setter seg inn i domsmaterialet, som kan være svært omfattende, og at man klarer å tolke og vurdere hvilken betydning det har for løsning av norske retts spørsmål. Dette er en utfordring for norske domstoler som må beherske et omfattende kilde materiale på flere språk.

Praksis fra internasjonale domstoler og særlig praksis fra EMD, har utviklet seg til å bli viktige rettskilder i norske domstoler. Høyesterett har vært en av de viktigste drivkreftene bak det at internasjonale rettskilder har fått stor betydning for fastleggingen av norsk rett. Som Arnesen og Stenvik uttrykker det: «Fra tradisjonelt å ha vært hovedsakelig nasjonalt orientert, har Høyesterett – eller i alle fall en betydelig andel av dommerne der – gjennomgått en forvandling til en internasjonalt orientert og progressiv kraft i den norske rettsutviklingen»<sup>4</sup>. Den internasjonale orienteringen retten har tatt, skyldes delvis Høyesteretts dommere.

For å forstå hvorfor EMDs praksis har blitt så viktig for å fastlegge norsk rett, må vi se til EMDs tolkningsstil. EMD har i sin praksis utviklet en rekke konkrete krav ut fra de ofte vage rettighetene i EMK. Begrunnelseskravet er et godt eksempel på det: Det står ingenting i EMK om begrunnelse av rettsavgjørelser. Begrunnelseskravet er skapt gjennom rettspraksis ved tolking av retten til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1. EMDs metode generelt faller noe utenfor avhandlingens tema, men er likevel beskrevet i kapittel 2 i den utstrekning det har betydning for norske domstolars bruk av EMDs praksis som rettskilde. I det følgende gir jeg en skissemessig oversikt over årsaker til at EMD kan gi konvensjonen et utvidet nedslagsfelt, for eksempel tolke et krav om begrunnelse ut av konvensjonen og stille strengere krav til begrunnelse enn tidligere.

EMD har flere ganger uttalt at EMK er et levende instrument som skal tolkes evolutivt. Tolkingen foregår med utgangspunkt i ordlyden, men i lys av dagens samfunnsforhold. Den evolutive tolkningsstilen og konkretisering av rettigheter i EMK har ført til et stort

---

<sup>4</sup> Arnesen/Stenvik 2009 s. 14



antall saker i EMD og et stort detaljnivå i avgjørelsene.<sup>5</sup> EMK gir i dag et betydelig bedre vern enn den gjorde ved opprettelsen av EMD.

Ved fastsettelsen av hva som utgjør dagens samfunnsforhold, ser domstolen hen til de øvrige medlemslandene. Et nylig eksempel er *S. and Marper mot Storbritannia* fra 2008. EMD fant at det var i strid med EMK artikkel 8 å ha en systematisk og ubegrenset rett til å lagre DNA-profiler og celleprøver av personer som var blitt frikjent, eller hvor saken var henlagt. England og Wales var de eneste medlemslandene som tillot dette, mens skotske domstoler hadde lagt seg på en mye mer restriktiv linje.<sup>6</sup>

Dagens samfunnsforhold kan også, særlig de senere år, fastsettes ut fra andre internasjonale konvensjoner eller uttalelser fra internasjonale organer, uavhengig av om medlemslandene er tilsluttet disse. I *Zolothukin mot Russland* skulle EMD trekke opp klare linjer for hva som utgjør straff ved vurderinger av dobbeltstraffforbudet i EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4. EMD viste da til ordlyden i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, i Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter, i Den amerikanske menneskerettskonvensjonen og i Konvensjonen om implementering av Schengenavtalen. EMD la vekt på hvordan dette var blitt tolket av EU-domstolen og av Den interamerikanske menneskerettsdomstolen.<sup>7</sup> Dommen illustrerer at EMD tolker EMK ut fra det internasjonaliserte rettskildet bildet vi har i dag med flere internasjonale tribunaler sammenlignet med det vi hadde da konvensjonen ble vedtatt.

Det voldsomme omfang og detaljnivå i EMDs praksis har vært gjenstand for mye debatt. EMD har vært kritisert for at de tolker sitt mandat for vidt og bruker tid på å behandle en mengde saker i randsonen av menneskerettighetene i stedet for å konsentrere seg om deres kjerne.<sup>8</sup> Norge er forpliktet til å overholde EMK, og EMD avgjør hvorvidt dette er tilfellet. Dette har blitt sett som en maktforskyvning til internasjonale domstoler på bekostning av det norske demokratiet. Maktforskyvningen er dobbel i den forstand at EMD

---

<sup>5</sup> Kjølbrot 2010 s. 23-25

<sup>6</sup> *S. og Marper* avsnitt 108-112. Kommentert i Bratza 2011 s. 509.

<sup>7</sup> *Zolotukhin* avsnitt 79-80

<sup>8</sup> For eksempel Backer 2009a

kan sette rammer for det norske demokratiet, men også norske domstoler får økt mulighet til det samme ved å benytte EMK og EMDs praksis som rettskilde.<sup>9</sup> Maktforskyvningen er samtidig klart villet av lovgiver, både det at EMD skal ha stor betydning for fastsettelse av de krav EMK stiller, og at norske domstoler har som oppgave å bidra til å gjennomføre dette, se nærmere om dette i neste kapittel.

Forholdet mellom Høyesterett og EMD er omtalt i Rt-2000-996, den såkalte Bøhlerdommen. Ved at «norske domstoler ved avveining av ulike interesser eller verdier kan bygge på verdiprioriteringer som ligger til grunn for vår lovgivning og rettsoppfatning, vil imidlertid norske domstoler kunne inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis»<sup>10</sup>. Høyesterett ga her uttrykk for et ønske om ikke bare å være en passiv mottaker av EMDs vurderinger, men også om å påvirke EMDs praksis i saker om interesseavveininger. En måte å lese dette på, er at kommunikasjon mellom domstoler i noen grad kan avhjelpe maktforskyvningen til EMD på politiske områder. Hvorvidt EMD har latt seg påvirke av nasjonale domstoler i saker om begrunnelseskravet i jursaker, behandles når jeg skriver om EMDs bruk av nasjonale domstolars rettspraksis i de nyeste avgjørelsene om begrunnelseskravet.

### 1.3 Fremgangsmåte

I kapittel 2 behandler jeg generelt spørsmålet om betydningen av EMDs praksis som rettskilde, først i EMD og deretter i Høyesterett. Begrunnelseskravet utgår fra kravet om rettferdig rettergang i EMK artikkel 6. Jeg gir derfor også en kort redegjørelse for hva som kjennetegner metoden ved tolking av artikkel 6.

For å ha et grunnlag for å vurdere rettsutviklingen i *Taxquet* og bedre kunne forstå avgjørelsen ut fra den praksisen den er en forlengelse av, gir jeg i kapittel 3 en oversikt over EMDs tidligere praksis vedrørende begrunnelseskravet. Jeg gir først en kort innføring i praksis om begrunnelseskravet i rettergang generelt, deretter omtaler jeg praksis om jury-

---

<sup>9</sup> NOU 2003: 19 s. kapittel 6

<sup>10</sup> Rt-2000-996 s. 1008

saker spesielt. Kapittelet slutter med en gjennomgang av *Taxquet mot Belgia*, kammeravgjørelsen som gjorde at begrunnelseskravet i jursaker ble behandlet i Høyesterett.

Høyesteretts praksis om begrunnelseskravet i jursaker bygger selvsagt også på en norsk tradisjon om hvilke krav som stilles til begrunnelse. For bedre å forstå Høyesterett tolkning av EMDs praksis og rettsutviklingen de foretok i en norsk kontekst, gir jeg i kapittel 4 en redegjørelse for begrunnelseskravet i norsk rett. Redegjørelsen er noe summarisk. Oversikten omfatter argumenter for at juryavgjørelser bør være begrunnet og hvorfor de likevel ikke er det, nyere utvikling av krav til begrunnelse av ankenektelser i straffesaker og begrunnelse av enkeltvedtak etter forvaltningsloven.

I kapittel 5 analyserer jeg tre dommer fra Høyesterett om begrunnelseskravet i jursaker. I disse dommene analyserer jeg Høyesteretts rettskildebruk med fokus på bruk av EMDs rettspraksis, særlig *Taxquet*. Innimellom sakene vurderte Høyesterett om også ankenektelser i sivile saker må begrunnes. Fordi problemstillingen er beslektet og Høyesterett delvis bygget på plenumsdommen om begrunnelse i jursaker, er også denne dommen kort omtalt. Dommene gjennomgås kronologisk.

Den resterende praksis jeg analyserer i oppgaven er fra EMD. Kapittel 6 omhandler EMDs storkammerbehandling av *Taxquet*. Jeg analyserer dommen med tanke på å sammenligne den med kammeravgjørelsen og vurdere Høyesteretts behandling av begrunnelseskravet. Det samme er målet i kapittel 7 hvor jeg analyserer EMDs syv nyeste avgjørelser om begrunnelseskravet i jursaker. Avgjørelsene kjennetegnes av at EMDs begrunnelseskrav var vurdert av nasjonale domstoler før sakene kom til EMD. I dette kapittelet undersøker jeg også hvordan EMD forholder seg til denne praksisen når de går frem for å løse sakene.

I kapittel 8 oppsummerer og vurderer jeg utviklingen. Problemstillingen plasseres i en mer overordnet ramme, og jeg vurderer Høyesteretts rettsutvikling og de muligheter for dialog med EMD som fremkommer av analysen. Helt til sist retter jeg blikket fremover mot hvordan begrunnelseskravet i jursaker kan utvikle seg videre.

## **2 Metode**

### **2.1 Innledning**

Mitt formål i dette kapittelet er ikke å fremstille rettskildelæren generelt, men det er visse metodiske spørsmål jeg anser det hensiktsmessig å redegjøre for. Dette gjelder betydningen av EMDs praksis som rettskilde, både når EMD selv skal løse rettsspørsmål og i den norske rettskildelæren. EMDs anvendelse av egen rettspraksis har stor betydning for hvordan Høyesterett anvender EMDs praksis. Jeg drøfter først denne problemstillingen i punkt 2.2. Deretter drøfter jeg i punkt 2.3 betydningen av EMDs praksis i intern norsk rett. I 2.4 omtaler jeg noen særlige forhold som gjør seg gjeldende ved tolking av EMK artikkel 6.

Det er vanlig at rettskildespørsmål drøftes ut fra relevans, slutning og vekt, og min redegjørelse tar også utgangspunkt i disse begrepene. Om noe er en relevant rettskilde, dreier seg om det er et gyldig sted å hente argumenter for å løse rettsspørsmål. Slutningsprosessen dreier seg om hvordan man utleder argumenter fra en rettskilde. Vektspørsmålet dreier seg om å samordne argumenter slik at man kommer frem til en rettsregel.<sup>11</sup> Dette er selvfølgelig en prosess hvor elementene glir noe over i hverandre, særlig vil det være sammenheng mellom slutnings- og vektspørsmål. Av pedagogiske årsaker anser jeg en slik oppdeling som hensiktsmessig. Omtalen av metoden ved tolking av artikkel 6 knyttes derimot ikke til disse begrepene.

### **2.2 EMDs rettspraksis**

#### **2.2.1 Relevans**

EMD har kompetanse til å tolke og anvende EMK, som er en folkerettslig avtale, og all deres praksis dreier seg om konvensjonen.<sup>12</sup> Traktater gjelder i utgangspunktet mellom stater, ikke mellom staten og borgerne. EMKs formål er å gi individer rettigheter og vern

---

<sup>11</sup> Frøberg 2007 s. 177

<sup>12</sup> EMK artikkel 32

overfor medlemsstatene. Som ledd i å gi dem et slikt vern følger det av EMK at det skal opprettes en domstol for å sikre at forpliktelsene etter konvensjonen blir overholdt.<sup>13</sup> Individet kan klage inn anførte brudd på EMK, og konvensjonslandene har plikt til å rette seg etter en endelig dom fra EMD i alle saker hvor de selv er part.<sup>14</sup> EMD avsa sin første dom i 1960 og har siden avsagt mange tusen dommer.

Det er ikke omdiskutert at EMDs praksis er et relevant sted å hente argumenter ved tolking av EMK. Det følger allerede av generelle folkerettslige regler at rettspraksis er en relevant rettskilde.<sup>15</sup> EMD har avsagt et stort antall dommer, hvilket betyr at det sammenlignet med andre konvensjoner foreligger mye praksis om tolking og anvendelse av EMK. Det betyr at det oftere enn sedvanlig i folkeretten vil foreligge rettspraksis om det relevante spørsmålet. Rettspraksis har ikke dermed større rettskildemessig vekt enn i folkeretten for øvrig.

Også EMK ser ut til å forutsette at Domstolens praksis er en relevant rettskilde. EMK artikkel 30 slår fast at EMDs kamre kan avstå kompetanse til storkammeret i tilfeller hvor det er tale om å fravike EMDs tidligere praksis. Dette innebærer implisitt at EMDs praksis er relevant for å løse senere spørsmål. EMD bruker i utstrakt grad tidligere praksis som rettskilde og har brukt rettsvisshet, forutberegnelighet og likhet for loven som argumenter for at man som hovedregel bør holdes fast ved tidligere praksis.<sup>16</sup>

EMK inneholder mange generelle begreper og uttrykk, for eksempel «rettferdig rettergang». Den generelle utformingen gjør at EMD har stor betydning for å konkretisere og videreutvikle EMK.<sup>17</sup> Skal utfyllingen av EMK faktisk finne sted, må praksisen følges opp senere.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> EMK artikkel 19

<sup>14</sup> EMK artikkel 34 og 46(1)

<sup>15</sup> Statuttene til den internasjonale domstolen artikkel 38(1) d. Bestemmelsen anses som alminnelig uttrykk for kildene i folkeretten, jf. Ruud og Ulfstein 2011 s. 66.

<sup>16</sup> For eksempel *Christine Goodwin* avsnitt 74

<sup>17</sup> Bendiksen 2009 s. 62-63

<sup>18</sup> Frøberg 2007 s. 178

### 2.2.2 Slutning

Spørsmålet blir så hvordan EMD kan hente argumenter fra sin tidligere praksis. Dette kan gjøres på to måter. For det første benytter EMD ofte generelle rettssetninger som utgangspunkt for drøfting av de konkrete forholdene i saken. Normene er ikke knyttet opp til det konkrete faktum, og kan følgelig brukes som målestokk i senere saker.<sup>19</sup> Et velkjent eksempel er de såkalte Engel-kriteriene som er utgangspunktet for vurderinger av hva som utgjør en «criminal charge» etter artikkel 6. De ble først benyttet i *Engel og andre mot Nederland* og er fulgt opp og videreutviklet i senere praksis. EMD skiller i mindre grad mellom *ratio decidendi* og *obiter dicta* enn Høyesterett gjør. Det spiller derfor mindre rolle hvor i dommen slike retningslinjer forekommer.<sup>20</sup>

EMD kan også sammenligne saken med saker den tidligere har hatt til behandling. Hvis forholdene i saken i det vesentlige tilsvarer forholdene i den tidligere saken, vil EMD normalt komme til samme resultat. Dette kan omtales som parallelltolking. EMD kan også komme til et annet resultat ved å fremheve at sakene skiller seg fra hverandre. Slik bruk av tidligere praksis forutsetter derfor at man sammenligner de faktiske og rettslige omstendigheter i sakene.<sup>21</sup>

Måtene å argumentere ut fra tidligere praksis, går noe over i hverandre. EMD behandler individklager, og generelle rettssetninger brukes som utgangspunkt for en helhetlig vurdering av de konkrete forholdene i saken. EMD vektlegger i liten grad retts tekniske hensyn som kunne tale for å unngå en bred helhetsvurdering i hver enkelt sak. Den konkrete prøvingen kan iblant gjøre det vanskelig å se hva som var avgjørende.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Bendiksen 2009 s. 67

<sup>20</sup> Bendiksen 2009 s. 68, Frøberg 2007 s. 184

<sup>21</sup> Kjølbrot 2010 s. 18

<sup>22</sup> Kjølbrot 2010 s. 18-19

### 2.2.3 Vekt

Formelt er EMD ikke bundet av sin egen praksis. EMD har likevel uttalt at tidligere praksis ikke bør avvikes fra uten god grunn (ordbruken varierer mellom *good* og *cogent*).<sup>23</sup> Avgjørelsens vekt vil likevel variere. Blant annet bør det skilles mellom avvisningsavgjørelser, kammeravgjørelser og storkammeravgjørelser.

Før en sak slipper inn til behandling i EMD, kan klagen avvises av tre dommere. Hvis komited medlemmene ikke kan enes om å avvise saken, behandles den av et kammer på syv dommere. Også de kan avvise saken. Saker kan følgelig være avvist av tre eller syv dommere. Det er naturlig å være mer forsiktig ved bruk av avvisningsavgjørelser enn ved bruk av dommer som rettskilde. I *Jussila* valgte EMD en løsning som stred mot avvisningsavgjørelse på området, og uttalte at den ikke var et autoritativt grunnlag. Avgjørelsen måtte leses i lys av annen praksis på området, og fordi den skilte seg ut, ble den ikke avgjørende.<sup>24</sup> Vekten må derfor vurderes konkret, sammenholdt med øvrige rettskilder.<sup>25</sup>

Før reformen av EMD i 1998, ble avgjørelsen om en sak skulle fremmes for EMD avgjort av Den europeiske menneskerettighetskommisjonen som også kunne avsi egne avgjørelser. EMD benytter også kommisjonens avgjørelser som rettskilde, særlig hvis EMD ikke har behandlet problemstillingen før.<sup>26</sup> Avgjørelsene er ikke fattet av EMDs dommere og vil være ganske gamle. Det er derfor naturlig å lese avgjørelsene i lys av senere praksis, for eksempel om de er fulgt opp.

Kun hvis saken tas inn til behandling, kan den resultere i en dom og ikke i en avgjørelse. De fleste dommer er avgjort i kammer på syv dommere. Kammeret kan dessuten henvise saken til et storkammer bestående av 17 dommere. Dette skal særlig gjøres der saken reiser et viktig spørsmål om tolkningen av EMK eller dens tilleggsprotokoller, eller

---

<sup>23</sup> For eksempel *Christine Goodwin* avsnitt 74, *Cossey* avsnitt 35

<sup>24</sup> *Jussila* avsnitt 34-35

<sup>25</sup> Bendiksen 2009 s. 72. Hun skriver at *Jussila* er den eneste dommen hun kjenner til hvor EMD eksplisitt omtaler dette.

<sup>26</sup> Kjølbro 2010 s. 19

der resultatet går på tvers av Domstolens tidligere praksis.<sup>27</sup> Medlemslandene kan også be om å få kammeravgjørelser avgjort ved storkammerbehandling. Søknaden skal innvilges hvis saken er av spesiell betydning.<sup>28</sup> Behandlingen i storkammer er særlig grundig, og storkammerdommer vil naturlig nok ha størst betydning blant EMDs avgjørelser.

I tillegg til betydningen av hvor mange dommere som har behandlet saken og hvor grundig behandlingen har vært, vil en rekke andre forhold ved dommen ha betydning, for eksempel avgjørelsens alder, om praksisen er fulgt opp senere og hvor generelle uttalelsene er. Selv om det vanligste er at tidligere praksis følges, foreligger det mange eksempler på at EMD har fraveket den. Dette kan for eksempel være fordi EMDs tidligere praksis har skapt usikkerhet, slik at det blir ansett hensiktsmessig å fastsette nye og klarere kriterier.<sup>29</sup>

Fravikelse av tidligere praksis kan også skje ved evolutiv tolkning: EMD kan ut fra samfunnsforholdene finne at EMK gir et bedre vern enn tidligere. Et svært kjent eksempel er *Christine Goodwin mot Storbritannia* hvor EMD fant at transseksuelle, i motsetning til det som var lagt til grunn i EMDs tidligere praksis, hadde krav på juridisk anerkjennelse av sitt nye kjønn. Lovgivningen i Storbritannia var ikke blitt revidert «despite an increase in the social acceptance of the phenomenon of transsexualism and the growing recognition of the problems with which transsexuals are confronted»<sup>30</sup>.

Det hender også at EMD tar et skritt tilbake og modererer sin praksis. Et eksempel er *O'Halloran og Francis mot Storbritannia* hvor EMD fant at det ikke utgjorde brudd på selvinkrimineringsvernet at en person måtte velge mellom å få bøtestraff for å nekte å forklare seg, eller å forklare seg og slik bidra til egen domfellelse. Dette uthuler i realiteten selvinkrimineringsvernet, men EMD godtok dette, sannsynligvis fordi straffetrusselen var så moderat.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> EMK artikkel 30

<sup>28</sup> EMK artikkel 43

<sup>29</sup> Kjølbro 2010 s. 19-20

<sup>30</sup> *Christine Goodwin* avsnitt 92

<sup>31</sup> Aall 2011 s. 404



## 2.3 EMDs praksis som norsk rettskildefaktor

### 2.3.1 Relevans

Norge er en av medlemsstatene tilsluttet EMK. Medlemsstater blir bundet av avgjørelser i saker hvor de selv er part, hvilket vil si at de blir bundet av det som er rettskraftig avgjort i dommen. Hvis EMD konstaterer at en av medlemsstatene har brutt EMK, overføres saken til Ministerkomiteen som overvåker at resultatet i dommen blir gjennomført, og bestemmer hvilke skritt man skal ta hvis det ikke blir det.<sup>32</sup> Ministerkomiteen har – bortsett fra politiske virkemidler – ingen andre sanksjonsmuligheter enn suspensjon eller eksklusjon fra Europarådet, som kun i helt ekstreme tilfeller vil være aktuelt.<sup>33</sup> EMDs mulighet til å følge opp egne avgjørelser er derfor begrenset.

EMK binder derimot ikke medlemslandene i saker hvor de ikke selv er part. Spørsmålet blir da om, og eventuelt hvilke rettskildevirkninger avgjørelsen skal få. Norge har i utgangspunktet et dualistisk system, slik at konvensjoner må innlemmes ved en rettsakt for å få internrettslig virkning.<sup>34</sup> EMK er gjort til norsk lov i menneskerettsloven, og har i kollisjonstilfeller forrang fremfor annen lovgivning.<sup>35</sup> Dette gjør EMK til en relevant rettskilde på samme måte som andre norske lover. For å komme frem til hvilken løsning konvensjonen taler for, må den tolkes, og det er ved tolking av EMK at spørsmålet om rettskildevirkningen av EMDs praksis gjør seg gjeldende.

Det følger av forarbeidene til menneskerettsloven at EMDs praksis er en relevant rettskilde ved tolking av EMK.<sup>36</sup> Høyesterett har dessuten slått fast at konvensjonens innhold skal fastsettes ved bruk av EMDs metode og i lys av dens praksis.<sup>37</sup> I tillegg vil det at EMD selv betrakter sin praksis som relevant og er gitt kompetanse til å tolke og anvende

---

<sup>32</sup> EMK artikkel 46

<sup>33</sup> Høstmælingen 2012 s. 393

<sup>34</sup> Ruud/Ulfstein 2011 s. 59

<sup>35</sup> Menneskerettsloven §§ 2 og 3

<sup>36</sup> NOU 1993: 18 s. 88-89, Inst.O. nr. 51 (1998-99) s. 6

<sup>37</sup> Rt-2000-996 avsnitt 45

konvensjonen, tilsi at praksisen også er relevant for norske domstoler. Det er derfor ikke tvil om at EMDs praksis er en relevant rettskilde også i norsk rett.

### 2.3.2 Slutning

Høyesterett har uttalt at norske domstoler skal benytte samme metode som EMD ved tolking av EMK. Generelle prinsipper EMD har utledet av konvensjonen, bør derfor være utgangspunkt for norske domstolars drøftelser av de samme spørsmål. Dette betyr for eksempel at Høyesterett må ta utgangspunkt i Engelkriteriene slik disse er lagt til grunn i EMDs praksis for å vurdere om noe utgjør en straffesiktelse etter artikkel 6. Høyesterett kan også benytte EMDs praksis som kilde ved parallelltolkning. Spørsmålet blir da, som i EMD, hvor mye faktum i sakene samsvarer.<sup>38</sup> Så lenge det er snakk om uttalelser om faktiske hendelser, er dette vanligvis en grei vurdering. Fengslingsforhold som er funnet å utgjøre nedverdiggende behandling i en sak, bør karakteriseres som det samme i en annen. Uttalelser om rettslige ordninger i andre land kan det være vanskeligere å vurdere overføringsverdien til.<sup>39</sup>

Høyesterett har tatt noen forbehold mot bruk av EMDs metode. Fordi det i første rekke er EMDs oppgave å utvikle EMK og man i Norge ikke innehar den kunnskap og det makroperspektiv på europeisk rett som EMD har, skal norske domstoler tolke EMK mindre evolutivt enn EMD. I saker hvor verdier veies mot hverandre, kan norske domstoler trekke inn norske verdiprioriteringer, særlig hvis det er uklart hva EMDs praksis taler for. De kan også legge vekt på norske lovgiveres konvensjonstolkning.<sup>40</sup> Dette legger opp til en tolking av EMK som i større grad ser hen til norske rettskilder enn EMD gjør.

Slutningsprosessen kan by på en del utfordringer. Det kan for eksempel være at EMD ikke har tatt uttrykkelig stilling til det spørsmålet som er oppe i Høyesterett, eller at EMDs uttalelser er uklare. Selv om man vet hvilke kriterier EMD tar utgangspunkt i for å vurdere et spørsmål, kan det være vanskelig å forutse hvordan den konkrete vurderingen vil

---

<sup>38</sup> Rt-2000-996 s. 1007

<sup>39</sup> Frøberg 2007 s. 187

<sup>40</sup> Rt-2000-996 s. 1007-1008

bli. Dette gjelder ikke minst hvor sikre paralleller man kan trekke fra konkrete vurderinger i andre saker. Dertil kommer at EMD foretar en bred helhetsvurdering i hver enkelt sak.

Dette kan illustreres av storkammerdommen *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*. Problemstillingen gjaldt tillatelse til opplesing av vitneforklaringer i tilfeller hvor vitnet ikke avla forklaring i retten. Dette står i strid med retten til å krysseksaminere vitner i EMK artikkel 6 tredje ledd d. EMD fant at slik opplesning ikke stred mot EMK hvis ulempen av ikke å kunne krysseksaminere vitnet, ble veiet opp av tilstrekkelige surrogatgarantier i prosessen. Saksbehandlingen i de to sakene hadde mye til felles, og det forelå tilsynelatende ikke flere sikkerhetsmekanismer i prosessen som sådan i den ene enn i den andre saken. Dommeren hadde i begge sakene bedt juryen vise varsomhet med å bygge på den oppleste vitneforklaringen. Domstolen kom likevel til at det forelå brudd på artikkel 6 i Taherys tilfelle, men ikke i Al-Khawajas.<sup>41</sup> Antagelig skyldtes resultatet at den oppleste forklaringen var et noe mindre vesentlig bevis i Al-Khawajas sak. Avgjørelsen er blitt kritisert for at EMD la til grunn en for fleksibel proporsjonalitetsvurdering som gjør det vanskelig å forutse utfallet.<sup>42</sup>

Høyesterett anvender i stor grad internasjonale organers tolkningsmetoder i godt samsvar med internasjonal praksis.<sup>43</sup> Det er sjelden at Norge blir dømt for brudd på EMK. Det finnes likevel eksempler på at Høyesterett har feilvurdert hva EMD ville komme til. I *Lindheim og andre mot Norge* om den norske tomtefesteloven, sa EMD rett ut at Høyesterett hadde lagt feil vurderingstema til grunn. Høyesterett hadde basert seg på en dom som EMD bare fant overførbar når faktum i de to sakene var sammenfallende, hvilket de var i liten grad.<sup>44</sup> EMD fant derfor at EMKs tilleggsprotokoll nr. 1 artikkel 1 var krenket. I *Butt mot Norge* ble det konstatert krenkelse av EMK artikkel 8. Saken hadde ikke engang sluppet inn til behandling i Høyesterett.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> *Al-Khawaja og Tahery* avsnitt 153-165

<sup>42</sup> Aall 2013 s. 248

<sup>43</sup> Arnesen/Stenvik 2009 s. 143

<sup>44</sup> *Lindheim* avsnitt 135

<sup>45</sup> *Butt* avsnitt 39

Det finnes også eksempler på at hva som vil bli sanksjonert i EMD, er blitt overvurdert av Høyesterett. I Rt-2005-833 ble straffeloven § 195, om objektivt straffansvar for overgrep mot barn under 14 år, tolket innskrenkende av hensyn til uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Høyesterett satte bestemmelsen til side til tross for en klar lovgivervilje. Det forelå ikke praksis om det aktuelle spørsmålet fra EMD, kun praksis om bøter og økonomiske sanksjoner.<sup>46</sup> I 2011 kom EMD i *G. mot Storbritannia* til at en tilnærmet identisk bestemmelse i britisk strafferett ikke var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK. Spørsmålet om barnets alder bør gjeninnføres som objektivt straffbarhetskriterium etter EMDs avgjørelse, ble sendt på høring av Justis- og beredskapsdepartementet i 2013.<sup>47</sup> Det kan bemerkes at siden EMDs avgjørelse er en avvisningsavgjørelse (gjort i kammer), trenger ikke EMD å holde fast ved dette standpunktet senere.

### 2.3.3 Vekt

Forarbeidene til menneskerettsloven gir uttrykk for at EMDs praksis er en tung rettskilde. I utredningen står det at konvensjonsorganers tolkning av konvensjonen normalt vil tillegges betydelig vekt i rettskildebildet.<sup>48</sup> Stortingskomiteens innstilling gikk enda lenger og uttalte at «[k]omiteen vil framheve det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogeleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis»<sup>49</sup>. At praksisen har stor betydning, følger også av at norske domstoler skal benytte EMDs metode fordi praksisen har stor vekt som rettskilde i EMD.

Selv om utgangspunktet er at avgjørelser skal tillegges stor eller betydelig vekt, må dette selvsagt vurderes konkret fra sak til sak. Avgjørelsens vekt vil, i likhet med når EMD benytter egen praksis, avhenge av om det er en avvisningsavgjørelse, en kammer- eller storkammerdom. Når EMD er forsiktige med å legge vekt på avvisningsavgjørelser, men sammenholder dem med øvrig praksis, bør Høyesterett gjøre det samme. Høyesterett har

---

<sup>46</sup> Rt-2005-833 avsnitt 39, 86

<sup>47</sup> Høring 2013. Høyesterett hadde ingen merknader til høringen.

<sup>48</sup> NOU 1993: 18 s. 88

<sup>49</sup> Inst.O. nr. 51 (1998-99) s. 6

også lagt dette til grunn i sin praksis.<sup>50</sup> Det spiller også inn om praksisen er fulgt opp senere, om det er en lang praksisrekke eller en enkeltstående dom, hvor parallelle saksforholdene er og hvor generelt Domstolen uttaler seg.<sup>51</sup> EMDs praksis kan ikke brukes til å begrense borgernes rettigheter hvis nasjonal rett gir et bedre vern.<sup>52</sup>

I enhver sak for norske domstoler vil den betydning ulike rettskilder får, bli påvirket av mange faktorer. De øvrige rettskilder som foreligger, omstendighetene i den konkrete saken, hvordan Høyesterett tolker EMDs praksis og hva Høyesterett ser som et godt resultat, inngår alle i et samspill. Høyesteretts bruk av EMDs praksis bør derfor studeres konkret, slik jeg gjør i kapittel 5.

## **2.4 Særlig om metoden ved tolking av kravet om rettferdig rettergang etter artikkel 6**

Det fremstår hensiktsmessig å si noe om hvordan EMD går fram ved tolking av artikkel 6 fordi EMDs praksis om begrunnelse i jursaker er tilknyttet denne bestemmelsen. EMK artikkel 6 nr. 1 gir den som blir utsatt for en straffesiktelse, krav på en «fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law», ofte forkortet til retten til en «rettferdig rettergang».<sup>53</sup> Krav på en begrunnet avgjørelse er ikke nevnt i bestemmelsen, men EMD har i sin praksis tolket rettferdig rettergang slik at det forutsetter at dommer skal være adekvat begrunnet. Jeg omtaler praksisen i neste kapittel.

Rettferdig rettergang er en rettslig standard som må ses i sammenheng med de konkrete rettighetene som er regnet opp i artikkel 6, for eksempel retten til å krysseksaminere vitner. EMD har utviklet flere standarder i sin praksis enn de som står i EMK artikkel

---

<sup>50</sup> Se Rt-2005-833 avsnitt 69. Bendiksen kritiserer Høyesterett for å legge for stor vekt på en avvisningsavgjørelse i Rt-2007-561, se Bendiksen 2009 s. 74-76.

<sup>51</sup> Bendiksen 2009 s. 67

<sup>52</sup> Kjølbrot 2010 s. 23-24

<sup>53</sup> Deler av teorien ser ut til å foretrekke «fair hearing» eller «fair trial» fordi det oppfattes som bredere enn «rettferdig rettergang». Jeg presiserer derfor at jeg med rettferdig rettergang ikke mener noe annet eller smalere enn fair trial-begrepet.

6, listen er ikke uttømmende.<sup>54</sup> Gode eksempler er partenes likestilling i prosessen (equality of arms) og kontradiksjonsprinsippet.<sup>55</sup> Standardene kan anvendes i alle vurderinger av rettferdig rettergang.

Artikkel 6 er den bestemmelsen det oftest klages på til EMD, og den rettigheten i EMK som er blitt mest tolket i praksis.<sup>56</sup> På den bakgrunnen har artikkel 6 vært utgangspunkt for betydelig rettsutvikling i EMD. Det har gjerne begynt med en tolkning ut fra formålsbetraktninger, som siden har blitt ytterligere utvidet med henvisning til formålsbetraktninger og likhetshensyn. Metoden innebærer at rettstilstanden stadig kan utvikles.<sup>57</sup>

Hvorvidt betenkeligheter ved saksbehandlingen fører til krenkelse av artikkel 6, beror på en helhetsvurdering av om rettergangen var rettferdig. Inngrep i standardene kan godtas hvis inngrepet er proporsjonalt, og det må vurderes konkret i den aktuelle saken. I *Condron mot Storbritannia* uttalte EMD for eksempel at det ikke hindrer en rettferdig rettergang i seg selv at en jury trakk bevismessige slutninger fra at tiltalte ikke ville forklare seg, men at det er et moment som må vurderes sammen med sakens øvrige omstendigheter, for eksempel hvordan rettens leder veiledet juryen om spørsmålet.

EMD uttaler seg ikke om hva de anser som en hensiktsmessig organisering av prosessen, eller hvordan medlemslandenes rett bør tolkes.<sup>58</sup> Vurderingen av rettferdig rettergang gjøres i stedet svært konkret fra sak til sak, og utfallet kan derfor bli forskjellig i relativt like saker. Igjen er *Al-Khawaja og Tahery*, hvor EMD kom til at artikkel 6 var krenket i en av sakene, et godt eksempel. Feil kan derfor i noen grad repareres, for eksempel av en overordnet instans, og flere momenter kan samlet utgjøre en krenkelse selv om de hver for seg ikke ville gjøre det.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> EMK artikkel 6 tredje ledd d; Jebens 2004 s. 311, 315

<sup>55</sup> Kjølbros 2010 s. 478-485

<sup>56</sup> Lorenzen m. fl. 2011 s. 364-365

<sup>57</sup> Aall 2011 s. 373

<sup>58</sup> Kjølbros 2010 s. 462

<sup>59</sup> Lorenzen m. fl. 2011 s. 412, Kjølbros 2010 s. 459

Det er på denne bakgrunnen begrunnelseskravet i jurysaker må forstås: selv om EMDs utgangspunkt er at dommer skal begrunnes for at tiltalte skal få en rettferdig rettergang, kan rettergangen som helhet fortsatt være rettferdig hvis den manglende begrunnelsen kompenseres i prosessen for øvrig. Likeledes kan en svak begrunnelse sammen med andre svakheter ved prosessen samlet sett føre til krenkelse av artikkel 6. I neste kapittel omtaler jeg EMDs praksis angående begrunnelseskravet.

### **3 Rettspraksis fra EMD om begrunnelse i jurysaker til og med kammerdommen *Taxquet* mot Belgia**

#### **3.1 Innledning**

EMD har tolket retten til en rettferdig rettergang slik at rettsavgjørelser skal være adekvat begrunnet. Kravet til begrunnelse som ble stilt i *Taxquet*, må forstås ut fra den tidligere praksisen om begrunnelseskravet. I 3.2 omtaler jeg utviklingen i begrunnelseskravet for rettergang generelt. Det dreier seg om et stort antall saker, og det er derfor ikke plass til en uttømmende oversikt. Jeg har i stor grad valgt eksempler fra saker som ofte siteres i EMDs praksis. I 3.3 omtaler jeg begrunnelseskravet i jurysaker før *Taxquet*. Det dreier seg om et mindre antall saker, hvilket betyr at alle sakene er omtalt, men at det ikke er anledning til omfattende redegjørelser for hver sak. I 3.4 omtaler jeg kammerdommen *Taxquet mot Belgia*.

#### **3.2 Utvikling av begrunnelseskravet i rettergang generelt**

Allerede på 1970- og 80-tallet uttalte Den europeiske kommisjonen at artikkel 6 i noen tilfeller kunne være krenket hvis en rettsavgjørelse ikke var begrunnet.<sup>60</sup> Det er likevel særlig de siste 20 årene at EMD har utviklet en praksis om at rettsavgjørelser må være tilstrekkelig begrunnet. I *Hadjianastassiou mot Hellas* fra 1992 uttalte EMD i kammer at nasjonale domstoler må «indicate with sufficient clarity the grounds on which they based their decision»<sup>61</sup>. Artikkel 6 ble funnet krenket fordi klageren fikk spørsmålene domstolen hadde stemt over utlevert skriftlig først etter at ankefristen på fem dager gikk ut. Anken måtte følgelig skrives ut fra hva han husket fra den muntlige rettsforhandlingen, og den ble

---

<sup>60</sup> *X. mot Vest-Tyskland, Firestone*

<sup>61</sup> *Hadjianastassiou* avsnitt 33



siden avvist fordi den var for vag og upresis.<sup>62</sup> Hadjianastassious mulighet til å anke ble funnet hindret.

I 1994 slo EMD i kammer fast i *Van de Hurk mot Nederland* at artikkel 6 forutsetter at rettsavgjørelser begrunnes, men at det ikke kreves detaljerte svar på alle argumenter.<sup>63</sup> Det ble ikke funnet krenkelse i saken. Samme år uttalte EMD i *Ruiz Torija mot Spania*, avsagt i kammer, at hvor omfattende begrunnelse som ble påkrevd, var relativt.

The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 (art. 6) of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.<sup>64</sup>

Det ble konstatert krenkelse av artikkel 6 med seks mot én stemme.

Av EMDs mange saker om begrunnelse på 1990-tallet kan også nevnes *Helle mot Finland* og *Georgiadis mot Hellas*, begge fra 1997. I den første dommen hadde ankeinstansen vist til førsteinstansens begrunnelse. EMD krevde at førsteinstansens begrunnelse i slike tilfeller må være tilstrekkelig, og at ankeinstansen må ha forholdt seg til det vesentlige i det den skal ta stilling til.<sup>65</sup> Det ble ikke funnet noen krenkelse av artikkel 6. I *Georgiadis* ble begrunnelsen derimot ikke ansett tilstrekkelig. Klager ble frifunnet, men ikke tilkjent erstatning for straffeforfølgningen fordi han hadde opptrådt grovt uaktsomt. EMD fant at “[t]he lack of precision of this concept, which involves an assessment of questions of fact,

---

<sup>62</sup> *Hadjanastassiou* avsnitt 34

<sup>63</sup> *Van der Hurk* avsnitt 61

<sup>64</sup> *Ruiz Torija* avsnitt 29

<sup>65</sup> *Helle* avsnitt 60

required that the courts give more detailed reasons, particularly since their finding was decisive for the applicant's right to compensation”<sup>66</sup>.

Også på 2000-tallet behandlet EMD jevnlig saker om begrunnelse. Artikkel 6 ble for eksempel funnet krenket i *Hirvisaari mot Finland* fra 2001. Klager hadde fått uførepensjonen sin satt ned fordi symptomene på hans psykiske sykdom ble ansett som milde. I begrunnelsen ble hans mentale tilstand ansett som forverret, og han hadde tidligere mottatt full uførepensjon. EMD fant at det å få pensjonen satt ned samtidig som sykdomsforløpet ble ansett forverret «must have left the applicant with a certain sensation of confusion»<sup>67</sup>.

I *Suominen mot Finland* fra 2003 ble begrunnelsen for å nekte klager å føre en del bevis ansett som utilstrekkelig, blant annet fordi den manglende begrunnelsen hindret henne i å anke avgjørelsen.<sup>68</sup> I *Salov mot Ukraina* fra 2005 ble begrunnelsen ikke ansett som tilstrekkelig til å forklare hvorfor klager først var blitt frikjent og senere dømt basert på samme bevismateriale. Avviket fra førstinstansens vurdering ble ikke tilstrekkelig redegjort for.<sup>69</sup> I *Tatishvili mot Russland* fra 2007 fant EMD at hverken første- eller andreinstansen tok tilstrekkelig stilling til klagers argumenter. Særlig gjaldt dette overinstansen, som bare viste til førsteinstansens begrunnelse. «As the applicant's statement of appeal indicated that the District Court's findings had been devoid of a factual and/or legal basis, it was all the more important that the City Court give proper reasons of its own»<sup>70</sup>.

EMD har jevnlig behandlet saker om temaet de siste 20 årene, og begrunnelseskravet er basert på en lang praksisrekke. Mitt inntrykk ikke at begrunnelseskravet har økt betraktelig den siste tiden. Om begrunnelsen er utilstrekkelig må ses i sammenheng med de andre sidene ved prosessen, for eksempel om begrunnelsen viser at domstolen har tatt stilling til partenes argumenter. Hvor mye som kreves påvirkes også av tidligere instansers behand-

---

<sup>66</sup> *Georgiadis* avsnitt 43

<sup>67</sup> *Hirvisaari* avsnitt 31

<sup>68</sup> *Suominen* avsnitt 35-37

<sup>69</sup> *Salov* avsnitt 90-92

<sup>70</sup> *Tatishvili* avsnitt 62

ling og av hva slags avgjørelse det dreier seg om. Prøvingen av om begrunnelsen er tilstrekkelig, foretas konkret ut fra sakens omstendigheter.

### 3.3 EMDs avgjørelser om begrunnelse i jursaker før Taxquet

Selv om EMD krever at dommer skal være tilstrekkelig begrunnet, trenger ikke begrunnelsen å være eksplisitt. Dette er av særlig betydning ved bruk av jury i straffesaker, som sjelden begrunner avgjørelser utover å svare ja eller nei på spørsmålene de blir forelagt. Flere av EMDs avgjørelser omhandler hvorvidt en slik begrunnelse tilfredsstiller kravene til rettferdig rettergang.

Den første saken, *R. mot Belgia*, ble avvist av Kommissjonen i 1992. Kommissjonen fant at begrunnelseskravet var lavere når klager ikke hadde rett på full overprøving av saken, og at begrunnelseskravet måtte tilpasses jurybehandling: juryen forventes ikke å begrunne avgjørelsen, og kan det ofte ikke. Hele prosessen spørsmålene ble til i, ble beskrevet, blant annet at det kunne stilles separate spørsmål for forhold som påvirket utfallet, for eksempel skjerpene omstendigheter eller straffritaksgrunner. Forsvareren kunne protestere mot utformingen og be om at det ble stilt flere spørsmål. Hvis domstolen ikke tok protestene til følge, måtte det begrunnes.

De l'examen du système belge, la Commission constate que si le jury ne peut répondre que par « oui » ou par « non » aux questions posées par le président, ces questions forment une trame sur laquelle se fonde la décision du jury. La précision de ces questions – dont certaines peuvent être posées à la demande de l'accusation ou de la défense – permettent, de l'avis de la Commission, de compenser adéquatement les réponses laconiques du jury. Cette appréciation se trouve renforcée par le fait que la cour d'assises doit motiver le refus de déférer une question de l'accusation ou de la défense au jury.<sup>71</sup>

Det ble dessuten lagt vekt på at begrunnelsen ikke skilte seg fra vanlig praksis og viste til juryens svar på spørsmålene, til de faktiske omstendigheter som var lagt til grunn

---

<sup>71</sup> *R. mot Belgia*. Sitater fra dommer som bare er tilgjengelige på fransk, finnes i min oversettelse i appendiksen. Der det foreligger en engelsk oversettelse i hudoc har jeg kopiert inn den engelske versjonen.

og til de relevante straffebestemmelsene. Klager hadde ikke anført at det forelå spesielle omstendigheter som tilsa en mer omfattende begrunnelse i hans sak. Resonnementene ble gjentatt i *Zarouali mot Belgia* fra 1994, også den avsagt av Kommisjonen.

I 1996 avviste Kommisjonen en klage på manglende begrunnelse i *Planka mot Østerrike*. Klager anførte at den manglende begrunnelsen hindret ham i å anke avgjørelsen. Kommisjonen påpekte at spørsmålene utgjorde rammen for juryens avgjørelse, og at tiltalte kunne påvirke deres utforming, hvilket han ikke hadde gjort. Spørsmålenes presisjon kompenserte tilstrekkelig for manglende begrunnelse. Rettsbelæringen var skriftlig, slik at klager kunne anke på grunn av utformingen, hvilket han også hadde gjort.<sup>72</sup>

*Saric mot Danmark* ble avvist i kammer i 1999 og er den første jurysaken som ble behandlet av Domstolen og ikke av Kommisjonen. Domstolen fant at det ikke medførte brudd på rettferdig rettergang i seg selv at en dom ikke var begrunnet når dette skyldtes at skyldspørsmålet ble avgjort med jury.<sup>73</sup> I *Papon mot Frankrike* fra 2001, også den avvist i kammer, ble resonnementene fra *R. mot Belgia* og *Zarouali* gjentatt. I *R. mot Belgia* viste kommisjonen til sin undersøkelse av det belgiske systemet, mens kammeret i *Papon* uttalte at det ikke skulle foreta en abstrakt prøving av det franske systemet. Dommen viste til spørsmålene til juryen, til det faktiske grunnlaget for avgjørelsen og til de relevante straffebestemmelsene. EMD fant at spørsmålenes presisjon kompenserte tilstrekkelig for manglende begrunnelse.<sup>74</sup>

I 2003 avviste kammeret at artikkel 6 var krenket i *Bellerín Lagares mot Spania*. Juryen tar der først stilling til hvilke faktiske omstendigheter som er funnet bevist, deretter foretar juryen en subsumsjon i dommens andre del. EMD fant at dommen var tilstrekkelig begrunnet når den inneholdt dette samt redegjorde for de omstendigheter det var lagt vekt på i straffutmålingen. I motsetning til tidligere jurysaker, siterte EMD fra dommen de prøvde da de redegjorde for klagens bakgrunn.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> *Planka*

<sup>73</sup> *Saric*

<sup>74</sup> *Papon*

<sup>75</sup> *Bellerín Lagares*

Prøving av begrunnelsen i jursaker ble mer konkret i løpet av disse ti årene. Fra å si at begrunnelsen var tilstrekkelig ut fra undersøkelsen av belgisk prosess i *R. mot Belgia*, uttalte EMD etter hvert at Domstolen ikke skal prøve prosessen generelt. I *Bellerín Lagares* siterte EMD fra dommen de prøvde begrunnelsen til, men ikke under selve prøvingen. Vurderingene synes likevel i stor grad å være basert på hvordan prosessen fungerte som sådan.

Artikkel 6 ble funnet krenket i *Goktepe mot Belgia* i 2005, ikke fordi begrunnelsen var utilstrekkelig, men på grunn av hvordan spørsmålene var utformet. Klageren erkjente bare straffeskyld for ran, ikke ran med døden til følge. Tre av spørsmålene var stilt felles slik at juryen ikke kunne avgjøre de tiltaltes individuelle straffeskyld for forholdet. EMD fant feil ved måten spørsmålene var stilt og knyttet krenkelsen til kontradiksjonsprinsippet.<sup>76</sup> Følgen var dessuten en høyere strafferamme, og selv om tiltaltes anførsel kunne vurderes under straffutmålingen, var muligheten for det bare hypotetisk. Straffutmålingen var klart adskilt fra skyldspørsmålet i prosessen, og tiltalte ville fortsatt være dømt for ran med døden til følge også hvis han fikk lavere straff.<sup>77</sup>

Det er mulig å tolke inn en utvikling i hvordan EMD ser på spørsmålene i jursaker: fra å uttale at spørsmålene til juryen «*permet de compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury*», fant EMD i *Goktepe* at spørsmålenes presisjon «*doit permettre de compenser adéquatement*» juryens ja- eller nei-svar (min kursiv i sitatene).<sup>78</sup> De tre første dommene slår fast at spørsmålene til juryen *utgjør* et tilstrekkelig reisverk for juryens svar, mens den siste ser ut til å forutsette at spørsmålene *bør utgjøre* et slikt reisverk, men at det ikke trenger å være tilfellet.

Med unntak av *Goktepe*, hvor manglende begrunnelse ikke sto sentralt, er alle sakene avvisningsavgjørelser. De bør anvendes med større forsiktighet enn dommer. Praksisen får større tyngde av at vi står overfor en konsistent praksisrekke hvor flere av resonnementene er blitt gjentatt.

---

<sup>76</sup> *Goktepe* avsnitt 29

<sup>77</sup> *Goktepe* avsnitt 30-31

<sup>78</sup> *Goktepe* avsnitt 29

### 3.4 Taxquet mot Belgia fra januar 2009

#### 3.4.1 Innledning

Richard Taxquet var sammen med syv andre anklaget for drap på en statsråd og drapsforsøk på statsrådens samboer. Han var trukket inn i saken etter tips fra et anonymt vitne. Rettssaken som fulgte pågikk over to måneder. Bevisførselen var omfattende med en rekke vitner og sakkyndige. Skyldspørsmålet ble avgjort av en jury som fikk forelagt fire spørsmål som gjaldt Taxquet. De to første gjaldt hvorvidt han var skyldig eller medskyldig i drapet på statsråden, og hvorvidt drapet var overlagt. De to andre spørsmålene gjaldt hvorvidt han var skyldig i drapsforsøk på statsrådens samboer og om forsøket gjaldt overlagt drap. Spørsmålene var formulert likt for alle de tiltalte. Juryen svarte ja på alle spørsmålene som gjaldt Taxquet.

Kammeret tok utgangspunkt i tidligere praksis, først praksis om begrunnelse i rettergang generelt. Det fant at rettsavgjørelser i tilstrekkelig grad må angi hva de er basert på. Hvor langt begrunnelsesplikten strekker seg, kan variere ut fra hva slags avgjørelse det dreier seg om, og må vurderes ut fra sakens konkrete omstendigheter. Det kreves ikke detaljerte svar på alle argumenter, og ankedomstoler kan i prinsippet avvise saker ved å vise til underinstansens begrunnelse.<sup>79</sup>

EMD tilpasset deretter det generelle begrunnelseskravet til juriesaker ved å fremheve at «[l]’exigence de motivation doit aussi s’accommoder de particularités de la procédure, notamment devant les cours d’assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction»<sup>80</sup>. Formuleringen gjenfinnes mer eller mindre ordrett i *R., Zarouali og Papon*. Den «intime conviction» EMD omtalte, viser til reglene om fri bevisførsel.<sup>81</sup> Juryens «ind-

---

<sup>79</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 40. De sentrale deler av avgjørelsen finnes i appendiksen i hudocs engelske oversettelse.

<sup>80</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 41. Den engelske teksten bruker her «unusual procedural features» som jeg ikke synes står til innholdet i det franske uttrykket. Particularités betyr særtrekk eller karakteristikk, ikke at noe er uvanlig.

<sup>81</sup> Daværende Code d’instruction criminelle artikkel 342

re overbevisning» må være basert på bevisene i saken, og har også en side til uskyldspresumsjonen siden det kreves at juryen skal være overbevist om tiltaltes skyld.<sup>82</sup>

EMD siterte *Zarouali* og *Papon* på at

« si le jury n'a pu répondre par « oui » ou par « non » à chacune des questions posées par le président, ces questions formaient une trame sur laquelle s'est fondée sa décision », que « la précision de ces questions permet de compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury » et que « cette appréciation se trouve renforcée par le fait que la cour d'assises doit motiver le refus de déférer une question de l'accusation ou de la défense au jury ».<sup>83</sup>

### 3.4.2 Endrede samfunnsforhold?

Domstolen kunne her gått over til å vurdere spørsmålene, men i stedet påberopte EMD seg en rettsutvikling:

[D]epuis l'affaire *Zarouali*, une évolution se fait sentir tant sur le plan de la jurisprudence de la Cour que dans les législations des Etats Contractants. Dans sa jurisprudence, la Cour ne cesse d'affirmer que la motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver les droits de la défense. La motivation est indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l'arbitraire. Ainsi, certains Etats, à l'instar de la France, ont institué un double degré de juridiction pour le procès en assises ainsi que la mise en forme des raisons dans les décisions des juridictions d'assises.

La Cour considère que si l'on peut admettre qu'une juridiction supérieure motive ses décisions de manière succincte, en se bornant à faire sienne la motivation retenue par le premier juge, il n'en va pas forcément de même pour une juridiction de première instance, statuant au plus au pénal.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Bosly 2008 s. 1439-1442

<sup>83</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 42. «trame» betyr renning, trådene som går på langs i en vevstol.

<sup>84</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 43-44

Den påberopte rettsutviklingen tyder på at kammeret mente det forelå endrede samfunnsforhold slik at konvensjonen kunne tolkes evolutivt. Fordi det også påberopes en utvikling i Domstolens praksis siden *Zarouali*, kan det sluttet at EMD ikke vil føle seg bundet av avgjørelsen.

*Zarouali* er fra 1994, samme år som *Van der Hurk* og *Ruiz Torija*, som ofte vises til som grunnlag for begrunnelseskravet. Som det fremgår av min gjennomgang i 3.2 er det riktig at begrunnelsen har en sentral plass i vurderingen av rettferdig rettergang. EMD refererte ikke til konkrete avgjørelser, og forutsatte dermed at leseren har kjennskap til et stort antall av EMDs dommer. Kammeret ser ut til å påberope seg at forskjellen mellom begrunnede saker og jursaker hadde økt fordi begrunnelsen var blitt integrert i vurderingen av rettferdig rettergang i de andre sakene. Jursakene måtte da rykkes nærmere kravene som stilles i andre rettsavgjørelser. I 3.4.4 omtaler jeg nærmere om og i hvilken grad EMD her foretok en rettsutvikling.

Kammeret mente flere av medlemslandene hadde fulgt Frankrikes eksempel og innført en rett til ankebehandling og begrunnelse av straffesaker. Det er riktig at franske straffesaker kan ankes til ny behandling siden 2000.<sup>85</sup> Jeg har ikke foretatt noen uttømmende undersøkelse av medlemslandenes ankeordninger, men bemerker at Danmark innførte to-instansbehandling i 2008.<sup>86</sup> Det er derimot vanskelig å se hva kammeret siktet til i utsagnet om begrunnelse av straffesaker siden den påberopte innføring av begrunnelse ikke er korrekt for fransk retts vedkommende.<sup>87</sup> Cour de cassation hadde til og med opphevet dommer fordi de inneholdt en faktumbeskrivelse.<sup>88</sup>

### 3.4.3 Konkret vurdering

Etter å ha påberopt seg en rettsutvikling, behandlet EMD det konkrete saksforholdet: det var stilt fire spørsmål som gjaldt Taxquet, og alle var besvart med ja. Både spørsmålene og

---

<sup>85</sup> Pradel 2008 s. 889.

<sup>86</sup> NOU 2011: 13 s. 59

<sup>87</sup> En slik regel ble vedtatt i Frankrike i 2011, se Code de procédure pénale artikkel 365-1.

<sup>88</sup> Guinchard/Buisson 2008 s. 197



tiltalen ble gjentatt i begynnelsen av EMDs dom, og spørsmålene ble gjentatt i den konkrete prøvingen. Det var stilt separate spørsmål for hver av de tiltalte slik at juryen kunne skille mellom dem, men spørsmålene var likt utformet for alle de tiltalte. Spørsmålene var dessuten svært generelt utformet. Til illustrasjon var det første spørsmålet «TAXQUET Richard, accusé ici présent, est-il coupable, Comme auteur ou coauteur de l'infraction, D'avoir à Liège, le 18 juillet 1991, volontairement, avec l'intention de donner la mort, commis un homicide sur la personne de [C.A.] ?»<sup>89</sup>.

EMD fant at

la formulation des questions posées au jury était telle que le requérant était fondé à se plaindre qu'il ignorait les motifs pour lesquels il avait été répondu positivement à chacune de celles-ci, alors qu'il n'ait toute implication personnelle dans les faits reprochés. La Cour estime que ces réponses laconiques à des questions formulées de manière vague et générale ont pu donner au requérant l'impression d'une justice arbitraire et peu transparente. Sans au moins un résumé des principales raisons pour lesquelles la cour d'assises s'est déclarée convaincue de la culpabilité du requérant, celui n'était pas à même de comprendre – et donc d'accepter – la décision de la juridiction. Cela revêt toute son importance en raison du fait que le jury ne tranche pas sur base du dossier mais sur base de ce qu'il a entendu à l'audience. Il est donc important, dans un souci d'expliquer le verdict à l'accusé mais aussi à l'opinion publique, au « peuple », au nom duquel la décision est rendue, de mettre en avant les considérations qui ont convaincu le jury de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et d'indiquer les raisons concrètes pour lesquelles il a été répondu positivement ou négativement à chacune des questions.

Dans ces conditions, la Cour de cassation n'a pas été en mesure d'exercer efficacement son contrôle et de déceler, par exemple, une insuffisance ou une contradiction des motifs.<sup>90</sup>

Disse to avsnittene utgjør hele EMDs subsumsjon i saken, og er utgangspunkt for tolkningen av hvilken rekkevidde rettsutviklingen i *Taxquet (K)* hadde. Innledningsvis lå fokuset på spørsmålenes utforming, men utover fulgte flere uttalelser som kan leses som en

---

<sup>89</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 45

<sup>90</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 48-49

kritikk av ubegrunnede juryavgjørelser generelt. Ordbruken i uttrykk som «sans au moins un résumé des principales raisons» og «indiquer les raisons concrètes» trekker mot at også disse dommene bør begrunnes. Man kan også spørre om «ces conditions» i det andre avsnittet viser til at spørsmålene var upresise, eller om EMD så begrunnelse som en forutsetning for at ankedomstolen skulle kunne utføre effektiv kontroll med avgjørelsen. Kan en ubegrunnet avgjørelse gi tilstrekkelig informasjon til domfelte, folket og ankedomstolen, for eksempel ved mer presise spørsmål? Eller har utsagnene om manglende oppsummering selvstendig betydning slik at dette utgjør en krenkelse i seg selv?

#### 3.4.4 Rettsutviklingens rekkevidde

Det kan anføres flere argumenter for at EMD mente at juryavgjørelser må begrunnes. EMD påberopte seg en rettsutvikling, og skrev at begrunnelse er en forutsetning for kvalitet i rettsvesenet og et vern mot vilkårlige avgjørelser. Dette taler klart for å kreve begrunnelse i jurysakene. Det samme gjør uttalelsen om at knappe avgjørelser ikke trengte å være tilstrekkelig ved førsteinstansbehandling, særlig i straffesaker. EMD nøyde seg ikke med å si at spørsmålene til juryen var upresise, men fremhevet at det ikke var gitt noen oppsummering av hovedgrunnene til domfellelse og understreket at det er viktig at domstolen fremhever de avveininger den har foretatt og de konkrete grunner til at spørsmålene ble besvart som de ble. Det kan for øvrig bemerkes at det nødvendigvis innebærer visse vanskeligheter å formidle en begrunnelse indirekte gjennom spørsmål til juryen.

Det foreligger også gode argumenter for at begrunnelsen i *Taxquet* kunne vært tilstrekkelig uten en eksplisitt begrunnelse. Kammeret fokuserte sin konkrete vurdering på hvordan spørsmålene til juryen var formulert. Krenkelsen av artikkel 6 er knyttet til at spørsmålene var vage og generelle og ikke tilpasset hver enkelt tiltalt. Manglende innsyn i juryens begrunnelse og det at rettspleien fremsto vilkårlig og lite gjennomslukt knyttes også til spørsmålene. EMD uttrykte ikke at juryavgjørelser må begrunnes, bare at tiltalte i den aktuelle saken ikke kunne vite hvorfor han var dømt. Å kreve eksplisitt begrunnelse ville dessuten legge opp til relativt inngripende endringer i flere av medlemslandenes prosess.

*Taxquet* bør også leses i sammenheng med tidligere praksis om begrunnelseskravet. For det første ble det i *Taxquet* ikke lagt vekt på hvordan spørsmålene blir til og at tiltalte

kan påvirke utformingen, i motsetning til i tidligere praksis. Det er nærliggende å tolke *Taxquet* slik at EMD stiller strengere krav til spørsmålene, og ikke finner dem tilstrekkelige som grunnlag for å forstå avgjørelsen selv om tiltalte kunne påvirket dem. På den måten skiller *Taxquet* seg fra det som ble lagt til grunn i *Zarouali*.

For det andre ble det i nesten alle tidligere avgjørelser om begrunnelse i jursaker fremhevet at begrunnelsen ble kompensert av den informasjon tiltalte fikk fra faktumbeskrivelse, juryens svar på spørsmålene de fikk forelagt, og beskrivelse av relevante straffebud. Dette ble fremhevet i *R. mot Belgia*, *Zarouali*, *Papon* og *Bellerín Lagares*. Med unntak av den siste avgjørelsen er faktumbeskrivelsen ikke gjengitt, slik at det er vanskelig å si hvor omfattende den var, men i alle sakene ble det uttalt at disse tre sammen ble sett som tilstrekkelige til å kompensere for manglende begrunnelse. I *Taxquet* var tiltalen og spørsmålene til juryen eneste kilder til informasjon. Dommen fremstår derfor mindre informativ enn de avgjørelsene som beskriver faktumet som er funnet bevist, og hvilke straffebestemmelser faktumet er anvendt på.

Når spørsmålene i tillegg er så generelle som i *Taxquet*, og like for flere tiltalte, blir informasjonen man får svært begrenset. *Taxquet* skiller seg derfor fra de tidligere sakene om begrunnelse i juryavgjørelser ved at man får mindre informasjon om hva som er funnet bevist, særlig om faktum i saken. I den grad EMD foretok en rettsutvikling, fremstår den derfor knyttet til de krav som stilles til utformingen av spørsmålene til juryen. Det støttes av at EMD fokuserte prøvingen på spørsmålene.

Prøvingen i *Taxquet* er svært konkret. Det nærmeste man kommer generelle utsagn og retningslinjer, er at kammeret sa at *Taxquet* ikke var i stand til å forstå dommen og at ankedomstolen ikke kunne prøve den. Krenkelsen av artikkel 6 synes knyttet til begge disse forholdene. Begrunnelse som en forutsetning for overprøving var et tema i *Planka*. EMD fant der at manglende begrunnelse ikke sto i veien for å anke lovforståelsen, fordi rettsbelæringen var skriftlig. Kammeret fant i *Taxquet* at retten til overprøving ikke ble effektiv fordi ankeinstansen ikke kunne oppdage feil og mangler i begrunnelsen. I motsetning til i Østerrike foretas det i Belgia ingen skriftlig rettsbelæring, og muligheten til å prøve avgjørelsen ved anke synes derfor dårligere.

EMD fant også artikkel 6 krenket på grunn av det anonyme vitnet som hadde angitt *Taxquet*: klageren hadde ikke på noe tidspunkt i saken hatt mulighet til å krysseksaminere vitnet.<sup>91</sup> Belgia anket avgjørelsen til EMDs storkammer som tok saken inn til behandling. Før den endelige avgjørelsen i saken behandlet Høyesterett spørsmålet om norske juryavgjørelser var tilstrekkelig begrunnet. Før jeg analyserer Høyesteretts rettskildebruk i disse dommene, behandler jeg i kapittel 4 hvorfor juryens avgjørelse ikke er begrunnet i Norge og noe kritikk av dette. Jeg anser det som viktig for å forstå Høyesteretts oppfølging av *Taxquet*, behandlet i kapittel 5.

---

<sup>91</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 69

## 4 Begrunnelseskravets utvikling i Norge før Taxquet mot Belgia

### 4.1 Innledning

I dette kapittelet behandles begrunnelseskravet i norsk rett. Målet er å sette begrunnelse av juryavgjørelser i kontekst ved å se på noen lange linjer i utviklingen av krav til begrunnelse av myndighetenes avgjørelser, og hvilke hensyn man har argumentert ut fra. Jeg begynner med en kort redegjørelse for det rettslige grunnlaget for begrunnelse av dommer.

Reglene om begrunnelser av dommer i tingrett og lagmannsrett følger av straffeprosessloven § 40. Lovteksten skiller mellom saker avgjort i meddomsrett og saker behandlet med lagrette. I meddomsrettssakene, som reguleres av annet og femte ledd, skal det gis en relativt utførlig begrunnelse som blant annet skal omfatte hva retten har funnet bevist og hovedpunktene i bevisvurderingen. Disse reglene får anvendelse i tingretten og i lagmannsretten når den er satt med meddomsrett. Er skyldspørsmålet avgjort i en lagrettekjennelse, står det i bestemmelsens første ledd at «domsgrunnene for skyldspørsmålets vedkommende bare [skal] bestå i en henvisning til kjennelsen». Straffutmålingen skal derimot begrunnes i begge tilfeller, jf. straffeprosessloven § 40 annet ledd annet punktum. I Høyesterett skal hver dommer grunngi resultatet han stemmer for.<sup>92</sup>

Saker behandlet med lagrette skiller seg dermed fra alle andre straffedommer i norske domstoler ved at skyldspørsmålet ikke begrunnes.<sup>93</sup> Begrunnede avgjørelser regnes som en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i prosesslovgivningen.<sup>94</sup> Også avgjørelser om tiltalebeslutning, utferdigelse av forelegg og påtaleunntatelse skal grunngis.<sup>95</sup> I den alminnelige forvaltningsretten er hovedregelen for enkeltvedtak etter forvaltningsloven at de skal

---

<sup>92</sup> Straffeprosessloven § 32 siste ledd siste punkt

<sup>93</sup> Bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet kan ikke ankes til Høyesterett, jf. straffeprosessloven § 306 annet ledd.

<sup>94</sup> Høring 2006 s. 39

<sup>95</sup> Straffeprosessloven § 52, jf. § 30 annet ledd. Faktumet og lovforståelsen som er lagt til grunn skal fremgå av begrunnelsen, se Hov 2009 s. 557.

begrunnes.<sup>96</sup> At den mest alvorlige reaksjonen mot borgerne, straff, kan være ubegrunnet, kan derfor omtales som et paradoks.

Unntaket i jursaker har særlig vært begrunnet ut fra hensynet til lagrettemedlemmenes anonymitet og praktiske utfordringer ved å utforme en felles begrunnelse. Legmannsdeltagelse i juryform har blitt oppfattet som viktig nok til at man ofrer noe av kravet som stilles til begrunnelse.<sup>97</sup> Den manglende begrunnelsen har likevel stått sentralt i kritikken av juryordningen, og var det viktigste argumentet til de som ønsket å fjerne den ved vedtakelsen av to-instansreformen.<sup>98</sup> Før jeg omtaler denne kritikken noe nærmere, ser jeg på en høyesterettsdom fra 2002 hvor de hensynene som gjør seg gjeldende, blir målt mot hverandre.

## 4.2 Rt. 2002 s. 1530

I en narkotikasak hadde lagretten svart ja på spørsmålet om overtredelsene gjaldt et meget betydelig kvantum. Straffutmålingen gjorde utførlig rede for hvilke partier narkotika retten fant at tiltalte hadde innført og/eller oppbevart, men ikke for den bevisvurdering som lå bak disse konklusjonene. Det ble i anken gjort gjeldende at den manglende redegjørelsen for bevisvurderingen var en saksbehandlingsfeil, og at det derfor ikke fremgikk av domspremissene at beviskravet, som også gjelder hvilket kvantum narkotika overtredelsen gjelder, var riktig anvendt. Juridisk teori argumenterte for at straffeprosessloven § 40 femte ledd, som sier at domsgrunnene i saker behandlet med meddomsrett skal angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering, i slike tilfeller burde anvendes analogisk.

Retten tok utgangspunkt i straffeprosessloven § 40 femte ledd som ble vedtatt i forbindelse med to-instansreformen. Det ble påpekt at den ikke gjaldt saker som var behandlet med lagrette, og at det etter førstvoterendes syn ikke var holdepunkter i forarbeidene for analogibruk. Juridisk teori, Andenæs' *Straffeprosess* og Bjerke og Keiseruds kommentarut-

---

<sup>96</sup> Forvaltningsloven § 24

<sup>97</sup> Inst.O. nr. 137 (1992-1993) kapittel 7, Høring 2006 s. 40-41

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 53 (1983-84) side 65

gave til straffeprosessloven, hevdet derimot at en slik analogibruk var rimelig. Høyesterett fant at det

etter omstendighetene kan være naturlig at lagmannsretten begrunner bevisresultatet under straffespørsmålet også i saker som behandles med lagrette. Kompetansefordelingen mellom lagretten og retten vil riktignok i enkelte tilfeller vanskeliggjøre en slik begrunnelse. Det ville være i dårlig samsvar med den kompetansefordeling mellom lagretten og retten som er kommet til uttrykk i straffeprosessloven § 40 første ledd, om retten i forbindelse med straffutmålingen gir en begrunnelse for bevisresultatet som reelt sett gjelder skyldspørsmålet. I den foreliggende sak ville det imidlertid ikke ha bydd på problemer av denne type å gi en begrunnelse for hvorfor retten fant det bevist at A hadde oppbevart pakken med 37,497 gram heroin, når den ikke fant det bevist at han hadde oppbevart de to andre pakkene med heroin.<sup>99</sup>

Retten bemerket at reglene i straffeprosessloven var detaljerte, og la til grunn at de var uttømmende. Hvorvidt det var redegjort for bevisvurderingen eller ikke, hadde ingen betydning for om Høyesterett kunne prøve en eventuell straffutmålingsanke fordi Høyesterett da har full kompetanse. På denne bakgrunnen ble analogisk bruk av straffeprosessloven § 40 femte ledd avvist.<sup>100</sup> Førstvoterende åpnet likevel for at det i spesielle tilfeller kunne være en feil om deler av bevisvurderingen i straffutmålingen ikke kommenteres, for eksempel hvis dette har vært sentralt i ankebehandlingen eller den manglende begrunnelsen medfører at det blir umulig å prøve straffutmålingen.

Det viktigste argumentet i dommen er ordlyden i straffeprosessloven § 40, og den kompetansefordeling den legger opp til. For lovgiver hadde hensynet til en klar kompetansefordeling mellom lagretten og retten veid tyngre enn behovet for begrunnelse. Høyesterett omtalte også lovens forarbeider og forhistorie. For å vurdere analogisk anvendelse av bestemmelsen la Høyesterett opp til en vurdering av regelens godhet hvor straffeprosesslovens system og tiltaltes ankemuligheter sto sentralt. Resultatet fremstår ikke overraskende ut fra lovbestemmelsens klare ordlyd.

---

<sup>99</sup> Rt-2002-1530 s. 1533

<sup>100</sup> Rt-2002-1530 s. 1533

EMK og praksis fra EMD var ikke nevnt i dommen. I lys av at EMD i 2002 hadde avvist alle klager på begrunnelsen i jursaker, fremstår ikke dette som overraskende. I stedet står hensynet til kompetansefordelingen til lagretten og retten sentralt i vurderingen. Straffeprosessloven er bygget opp slik at lagretten alene har ansvaret for skyldspørsmålet, hvilket er nøye overveid av lovgiver. Høyesteretts vurdering er basert på at den arbeidsfordelingen lovgiver har ønsket, skal respekteres. I tillegg spiller det inn om Høyesterett vil ha mulighet til å prøve en eventuell anke. Har domsgrunnene mangler som hindrer prøving av anken, skal dommen oppheves, jf. straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 8. I saken ble tiltaltes ankerett ikke hindret av at det ikke var redegjort for bevisvurderingen under straffespørsmålet.

### **4.3 Kritikk av juryens ubegrunnede kjennelser**

Jurybehandling i straffesaker ble vedtatt av Stortinget i 1885 og sanksjonert av Kongen i 1887. Innførsel av jury hadde da vært diskutert siden 1840-tallet.<sup>101</sup> Bruk av jury har vært omdiskutert fra den ble innført. Flere typer argumenter har vært anført for å avskaffe juryordningen. Jeg gir i det følgende en kort oversikt over kritikk av juryordningen som er knyttet til det at juryens kjennelser er ubegrunnet. Behandlingen er ikke ment som en uttømmende oversikt, men som illustrasjon.

Juryens kjennelse har alltid vært ubegrunnet. Ved utarbeidelse av ny straffeprosesslov avga straffeprosesslovkomiteen sin innstilling i 1969. Flertallet i komiteen foreslo å fjerne lagretteordningen og innføre behandling med stor meddomsrett. Et av motivene var at man «med dette system i stedet for lagrettens nakne ja eller nei på skyldspørsmålet får en domsbegrunnelse som viser sakens parter og almenheten grunnlaget for avgjørelsen og gir muligheter for å få prøvet rettsanvendelsen ved anke til Høyesterett»<sup>102</sup>. Komiteen fant det

---

<sup>101</sup> NOU 2011: 13 s. 32-33

<sup>102</sup> NUT 1969: 3 s. 81



klart at systemet [med ubegrunnede juryavgjørelser] gir mindre garanti enn en begrunnet og navngitt avgjørelse, ikke bare mot at det blir tatt utenforliggende hensyn, men også mot at avgjørelsen blir uriktig som følge av misforståelser eller manglende juridisk innsikt, uten at dette lar seg kontrollere fordi begrunnelse mangler.<sup>103</sup>

Juryordningen ble likevel beholdt i straffeprosessloven av 1981. Dette skyldtes, ifølge Andenæs, en kombinasjon av tilfeldigheter knyttet til skifte av justisministre og endringer i det politiske klima utover 1970-tallet.<sup>104</sup>

Ved to-instansreformen ønsket også et flertall av to-instansutvalget i 1992 å fjerne lagretteordningen. Hovedargumentet for dette var at juryen ikke begrunner sin avgjørelse.

For det første gir kravet om begrunnelse større sikkerhet for at spørsmålet om straffeskyld er grundig overveid, og at de fremførte argumenter er prøvd. Iblant vil nettopp den prosess som består i å utforme en begrunnelse, lede til at retten trenger dypere inn i de spørsmål saken reiser. Dessuten vil kravet om avgjørelsesgrunner, med den mulighet dette gir for kontroll, kunne motvirke at avgjørelsen blir truffet på grunnlag av misforståelser eller utenforliggende hensyn. Videre vil en begrunnet avgjørelse vanligvis oppfattes som mer tilfredsstillende både av siktede og andre berørte. Et nakent ja eller nei vil lett kunne føles som vilkårlig. Dette gjelder kanskje særlig i forhold til siktede i tilfelle hvor juryens kjennelse er fellende.<sup>105</sup>

Justiskomiteen hadde en viss sans for argumentene for begrunnelse, men hadde betenknninger med å innføre et system hvor tiltalte kunne frifinnes under dissens. Hovedargumentene for å beholde juryordningen var at den hadde fungert godt, og at man fryktet drøftelser i meddomsrett ville domineres av fagdommerne.<sup>106</sup> I lagmannsretten beholdt man derfor jurybehandling i de mest alvorlige straffesakene mens tingrettene ble satt med meddomsrett.

---

<sup>103</sup> NUT 1969: 3 s. 82

<sup>104</sup> Andenæs 1984 s. 129

<sup>105</sup> NOU 1992: 28 s. 99

<sup>106</sup> Innst.O.nr.137 (1992-1993) kap. 7

I 2006 sendte Justisdepartementet ut høringsbrev angående hurtigere behandling i straffesaker. Ett av spørsmålene i høringen var om det skulle innføres begrunnelsesplikt for juryens avgjørelse av skyldspørsmålet fordi «[b]egrunnelse gir en større grad av sikkerhet for at skyldspørsmålet er grundig overveid og for at de argumenter som er anført, har vært prøvd. Uten en begrunnelse er det ikke mulig for Høyesterett å prøve lagrettens rettsanvendelse»<sup>107</sup>. Det ble også fremhevet at både tiltalte og fornærmede ofte vil ønske en begrunnelse, og ha lettere for å forsones seg med et begrunnet resultat. Departementet anså likevel argumentene som veide mot begrunnede juryavgjørelser for å veie tyngst. Dette var kort fortalt at man anså det vanskelig å utforme gode juridiske begrunnelser som gir uttrykk for lagrettens syn, og at begrunnede avgjørelser ikke uten videre lar seg forene med hensynet til lagrettemedlemmenes anonymitet.<sup>108</sup> Saken er fortsatt under behandling.

Jeg vil også trekke frem to eksempler på kritikk i den juridiske teorien på 2000-tallet. Strandbakken og Garde foreslo i 2001 å fjerne juryordningen i en artikkel i *Lov og rett*. De anførte at «juryens [ubegrunnede] kjennelse fremstår i dag som en anakronisme i den moderne rettsstat»<sup>109</sup>. De foreslo også, hvis juryordningen ble beholdt, at man burde utforme flere spørsmål til lagretten, for eksempel om tiltalte har foretatt handlingen, om det foreligger subjektiv skyld, om han handlet i nødverge og så videre.<sup>110</sup> I 2008 debatterte Frode Sulland, leder av Forsvarergruppen, og Tor Langbach, direktør i domstolsadministrasjonen, henholdsvis for og mot juryordningen i *Tidsskrift for strafferett*. Begrunnelse av rettens avgjørelser sto sentralt i begges argumentasjon. Sulland så ut til å mene at rettens begrunnelse uansett ikke gir så mye informasjon. Langbach mente tvert om at begrunnelser var sentralt for at fornærmede, pårørende, media og samfunnet skal ha tillit til domstolens avgjørelser.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Høring 2006 s. 39

<sup>108</sup> Ibid. s. 39-41

<sup>109</sup> Garde/Strandbakken 2001 s. 5

<sup>110</sup> Ibid. s. 20

<sup>111</sup> Sulland 2008 s. 253-254, Langbach 2008 s. 375-376

Også fra Høyesterett kan man spore misnøye med lagrettens ubegrunnede avgjørelser. For eksempel har Høyesterett siden slutten av 1990-tallet funnet at de til siktedes gunst kan prøve lagmannsrettens lovforståelse selv om rettsbelæringen ikke er blitt protokollert, ved å bygge på hva lagretten mest sannsynlig har lagt til grunn ut fra premissene for straffutmålingen.<sup>112</sup> Høyesteretts svar på Justisdepartementets høring i 2006 fremhevet at det «fra et rettssikkerhetssynspunkt er meget betenkelig at de mest inngripende avgjørelser mot enkeltpersoner i vårt samfunn, og som endelig avgjør skyldspørsmålet i de mest alvorlige straffesakene, er ubegrunnede»<sup>113</sup>.

Et annet spørsmål i samme høring var om det burde gjøres lydopptak av lagmannens rettsbelæring. Høyesterett tiltrådte dette fordi det ville gi dem økt mulighet til å overprøve rettsbelæringen ved anke, og fordi dagens ordning kan gi et misvisende helhetsinntrykk av rettsbelæringen.<sup>114</sup> Begrunnelse ser for øvrig ut til å være en hjertesak for justitarius Schei. Han uttalte i et intervju i 2008: «Jeg er opptatt av juryordningen. Det er for meg uforståelig at vi kan leve med et system der de mest inngripende avgjørelser overfor enkeltpersoner ikke begrunnes»<sup>115</sup>.

Debatten om juryordningen har blusset opp med ujevne mellomrom siden vedtaket. De argumenter som er blitt fremmet for at juryens kjennelse bør være begrunnet, har stort sett vært de samme siden 1960-tallet: at begrunnede avgjørelser gjør det mulig å kontrollere at lagrettens vurderinger ikke er basert på misforståelser av faktisk eller juridisk art, at tiltalte (og eventuelt fornærmede) lettere vil kunne forsone seg med en begrunnet avgjørelse og at utformingen av en begrunnelse i seg selv kan føre til en grundigere behandling. Når juryens avgjørelser fortsatt er ubegrunnede, er det fordi andre hensyn har veid tyngre. Dette er først og fremst hensynet til lagrettemedlemmenes anonymitet, vanskeligheter med å utforme en felles begrunnelse og et ønske om å gi lagretten en selvstendig rolle overfor fagdommerne.

---

<sup>112</sup> Rt-2007-961 avsnitt 29 med henvisning til tidligere praksis

<sup>113</sup> Høringsuttalelse til Høring 2006 av 14. desember 2006

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Arnstad 2008 s. 23

#### 4.4 Ankenektelser i straffesaker

En annen type rettsavgjørelser som inntil nylig var ubegrunnet, er ankenektelser i straffesaker. Lagmannsretten kan avvise anken ved såkalt ankesiling. Den mest aktuelle grunnen er at anken «klart ikke vil føre frem»<sup>116</sup>. Av ressurshensyn ble det ikke innført krav om begrunnelse av ankenektelser.<sup>117</sup> Høyesteretts ankeutvalg utviklet likevel en praksis hvor begrunnelse ble påkrevd i visse snevre unntakstilfeller, hvis det på bakgrunn av konkrete forhold ved tingrettens dom var grunn til å reise spørsmål ved ankenektelsen.<sup>118</sup>

I 2008 kom FNs menneskerettighetskomité i den såkalte restauratørsaken til at manglende begrunnelse for ankenektelsen utgjør et brudd på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter SP) artikkel 14 nr. 5.<sup>119</sup> Spørsmålet om lagmannsrettens ankenektelser måtte være begrunnet, kom derfor opp for Høyesterett. Avgjørelsen, som ble behandlet i storkammer, er inntatt i Rt-2008-1764. Avgjørelser fra FNs menneskerettighetskomité er i motsetning til dommer fra EMD ikke bindende for Norge.

Storkammeret tolket grunnlaget for Komiteens konklusjon på følgende måte:

Jeg oppfatter dette slik at kravet om begrunnelse framstår som en nødvendig sikkerhetsforanstaltning for at det foretas en *reell overprøving*. At retten må forklare hvorfor anken ikke vil føre fram, sikrer at avgjørelsen er truffet etter en grundig og gjennomtenkt vurdering.

Den andre virkningen er at manglende begrunnelse ikke gjør det mulig å *etterprøve* at det har funnet sted en *reell overprøving* av anken [...]. Dette har for det første en side til den domfelte selv – den domfelte skal gjennom begrunnelsen kunne kontrollere at de forhold som er tatt opp i anken, er vurdert på en forsvarlig måte (kursiv i originalen).<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> Straffeprosessloven § 321 annet ledd

<sup>117</sup> NOU 1992: 28 s. 53

<sup>118</sup> For eksempel Rt-2007-1781 avsnitt 14

<sup>119</sup> Communication No. 1542/2007

<sup>120</sup> Rt-2008-1764 avsnitt 90-91

Høyesteretts tolkning av restauratørsaken viser til de samme hensyn man har fremhevet for at juryavgjørelser bør være begrunnet i forarbeidene til straffeprosessloven og to-instansreformen.

Komiteens uttalelser var gitt en generell form, og Høyesterett tolket dem som at det gjaldt en generell begrunnelsesplikt ved ankesiling. Når uttalelsen var så klar, og resultatet i tråd med norske prosessidealer, fant Høyesterett at denne tolkningen av SP måtte legges til grunn som intern, norsk rett.<sup>121</sup> Krav til begrunnelse av ankenektelser ble lovfestet i 2010 og står nå i straffeprosessloven § 321 femte ledd, jf. annet ledd.

#### **4.5 Begrunnelse av forvaltningens enkeltvedtak**

Begrunnelse av enkeltvedtak etter forvaltningsloven regnes som et generelt forvaltningsrettslig prinsipp.<sup>122</sup> I forvaltningskomiteens utredning til forvaltningsloven fra 1958 er hensynene bak begrunnelse av forvaltningsavgjørelser omtalt på denne måten:

Begrunnelsens hovedformål er selvfølgelig å sikre en lovmessig og rettferdig forvaltning. Dette innebærer bl.a. at den skal være til hjelp for den som vedtaket gjelder. Når han skal ta standpunkt til om han skal godta avgjørelsen eller om han skal søke den opphevet eller endret ved å klage til høyere administrativ myndighet eller til domstolene, er det ikke nok at han kjenner slutningen (den dispositive del av vedtaket), han må også ha kjennskap til de faktiske omstendigheter og lovbestemmelser myndighetene har lagt til grunn. [...] Begrunnelsen skal også tjene til å overbevise, slik at vedtaket godtas som riktig og rettferdig. Denne rent psykologiske virkning av grunngivingen bør ikke overses [...] En vesentlig side ved begrunnelsens formål er videre forholdet til forvaltningen selv; et krav om grunngiving oppfordrer til større grundighet og nøyaktighet ved sakens behandling og avgjørelse.<sup>123</sup>

Her tilskrives begrunnede avgjørelser mye av samme funksjon som det begrunnelse har i rettsavgjørelser. Den vedtaket gjelder, kan bli overbevist av vedtakets begrunnelse,

---

<sup>121</sup> Rt-2008-1764 avsnitt 96, 101-102

<sup>122</sup> Graver 2007 s. 506

<sup>123</sup> NUT 1958: 3 s. 220-221

eller vurdere om han vil klage og hva han eventuelt skal klage på. Begrunnelse anses å kunne virke inn på selve avveiningen ved at den som fatter vedtaket vurderer saken grundigere og mer samvittighetsfullt. Begrunnelse (eller mangel på sådan) blir da ikke bare en prosessuell rettighet, men noe som virker inn på innholdet. Det viktigste argumentet mot å begrunne forvaltningens avgjørelser er, i likhet med ankenektelse i straffesaker, ressurs hensyn fordi det øker forvaltningens arbeidsmengde. Dette er bakgrunn for reglene i forvaltningsloven § 24 annet og tredje ledd som oppstiller visse unntak fra hovedregelen i første ledd om at enkeltvedtak skal begrunnes.<sup>124</sup>

Det skjerpede krav til begrunnelse av ankenektelser føyer seg inn i en rettsutvikling hvor domstolene har stilt strengere krav til begrunnelse av enkeltvedtak enn det som følger av forvaltningsloven § 25. Denne rettsutviklingen begynte i 1981 med den såkalte Isedommen, inntatt i Rt-1981-745.<sup>125</sup> Saken gjaldt om staten kunne gjøre forkjøpsrett gjeldende når kjøper, en bonde som tidligere hadde leid den samme jorda, ville ende opp med for lite jord til å gi eksistensgrunnlag for en familie. Høyesterett uttalte at kravene til begrunnelse skjerpes ved så inngripende vedtak. Begrunnelsen for vedtaket vurderte ikke det faktum at det aktuelle jordstykket var blitt drevet sammen med andre områder, og inneholdt ingen interesseavveining mellom eiendomsarrondering og å opprettholde Isenes eksistensgrunnlag som bonde. Høyesterett fant at manglene ved begrunnelsen tydet på svikt ved selve avgjørelsen, og den ble opphevet.<sup>126</sup>

Høyesterett har senere uttalt at det må fremgå av begrunnelsen at alle relevante momenter er vurdert, og at de krav som stilles til begrunnelser må tilpasses hvor inngripende vedtaket er.<sup>127</sup> Hvis retten finner at vedtaket er forholdsmessig, vil det ikke stilles spesielle krav til begrunnelse.<sup>128</sup> Det kan påpekes at en slik relativisering av hvor omfattende begrunnelse som kreves, ligner på EMDs krav til begrunnelse av rettsavgjørelser. Som vist

---

<sup>124</sup> Eckhoff/Smith 2010 s. 305

<sup>125</sup> Aulstad 2005

<sup>126</sup> Rt-1981-745 s. 748

<sup>127</sup> Rt-2000-1056 s. 1065

<sup>128</sup> Graver 2007 s. 511

i 3.2 har EMD funnet feil ved dommer fordi det ikke fremgikk av begrunnelsen at partenes argumenter var vurdert, og har stilt strengere krav til begrunnelse av inngripende rettsavgjørelser.

Argumentene for begrunnede avgjørelser er stort sett de samme enten det dreier seg om rettsavgjørelser eller enkeltvedtak: at det fører til bedre avgjørelser som både er lettere å forsone seg med og lettere å angripe. Høyesterett har i flere sammenhenger uttalt at begrunnelse er viktig for en forsvarlig saksbehandling, og har ved flere anledninger innført et skjerpet begrunnelseskrav sammenlignet med lovregler. Dette har både skjedd ut fra forholdene i saken og ut fra tolkning av internasjonale konvensjoner.

## 5 Høyesteretts oppfølging av kammerdommen *Taxquet* mot Belgia

### 5.1 Rt. 2009 s. 750

#### 5.1.1 Overblikk

I 2009 vurderte Høyesterett i plenum om det var «i strid med retten til en rettferdig rettergang eller retten til overprøving av en straffedom at skyldspørsmålet er avgjort av lagretten – juryen – uten begrunnelse»<sup>129</sup>. Avgjørelsen er enstemmig. Både dommen og min omtale av den er ganske lang. I et overblikk gir jeg derfor innledningsvis en kort beskrivelse av Høyesteretts behandling før jeg analyserer deres rettskildebruk.

Høyesterett innledet med å beskrive de formål begrunnelse av rettsavgjørelser har ifølge konvensjonsorganenes praksis, EMD og FNs menneskerettighetskomité. Formålene ble systematisert i tre hensyn som Høyesterett ser som underliggende for begrunnelseskravet. Dette omtales i 5.1.2. Deretter flyttet Høyesterett fokuset til EMDs praksis vedrørende begrunnelse i jursaker, og omtalte flere av dommene inngående, inklusive *Taxquet*. Siktet målet var å finne ut om *Taxquet* «utgjør en kursendring»<sup>130</sup> sammenlignet med tidligere praksis. Jeg omtaler dette i 5.1.3. Høyesterett flyttet deretter fokuset tilbake til de tre hensynene: om lagmannsrettens begrunnelser var tilstrekkelig måtte avgjøres ut fra hvorvidt formålene bak begrunnelseskravet ble ivaretatt på en tilfredsstillende måte. Fordi hensynene ble gitt så stor betydning for begrunnelseskravet i jursaker omtaler jeg dem nærmere i 5.1.4 og 5.1.5.

Høyesterett gikk deretter gjennom hele saksbehandlingen med lagrette for å undersøke om hensynene var tilstrekkelig ivaretatt.<sup>131</sup> Begrepet «undersøke» tilsier en deskriptiv tilnærming til retten, men Høyesteretts gjennomgang var ikke bare deskriptiv. Før

---

<sup>129</sup> Rt-2009-750 avsnitt 1

<sup>130</sup> Rt-2009-750 avsnitt 38

<sup>131</sup> Rt-2009-750 avsnitt 62



Høyesterett trakk konklusjonen at formålene begrunnelseskravet skal ivareta etter EMDs praksis var tilstrekkelig ivaretatt i norsk rett, endret Høyesterett flere av reglene i straffeprosessloven. Høyesteretts argumentasjon da de endret retten omtales i 5.1.6 til og med 5.1.10. Til sist knytter jeg noen bemerkninger til Høyesteretts omtale av mekanismer som kompenserer for manglende begrunnelse som fantes før plenumsbehandlingen i 5.1.11.

Høyesterett konkluderte med at hensynene var tilstrekkelig ivaretatt i norsk rett, og at kravet til rettferdig rettergang normalt ville være oppfylt.<sup>132</sup> Først på dette punktet behandlet Høyesterett realiteten i saken. Begrunnelsen ble funnet tilstrekkelig, men Høyesterett opphevet dommen fordi lagmannsrettens forståelse av skyldkravet, *dolus eventualis*, ikke syntes korrekt. Jeg behandler ikke realiteten i saken siden Høyesterett der ikke argumenterte ut fra EMDs praksis.

#### 5.1.2 Hensyn bak begrunnelseskravet

Høyesterett tok utgangspunkt i at selv om EMK ikke krever uttrykkelig at straffedommer skal begrunnes, følger det «av fast praksis fra konvensjonsorganene at retten til en rettferdig rettergang [...] forutsetter at straffedommer begrunnes på adekvat måte»<sup>133</sup>. Høyesterett beskrev først formålene bak begrunnelseskravet som de systematiserte i tre hovedhensyn ut fra konvensjonsorganenes tolkning av EMK og SP:

Begrunnelser skal ifølge konvensjonsorganenes praksis ivareta flere formål. For det første skal de tjene som sikkerhet mot vilkårlighet, se for eksempel avsnitt 43 i EMDs dom 13. januar 2009 i *Taxquet mot Belgia* (EMD-2005-926-1). Videre skal begrunnelser vise partene at de er blitt hørt og muliggjøre offentlighetens kontroll med rettspleien, se for eksempel avsnitt 89 i EMDs dom 6. september 2005 i *Salov mot Ukraina* (EMD-2001-65518). Begrunnelser skal også gi partene grunnlag for å vurdere anke, se for eksempel avsnitt 33 i EMDs dom 16. desember 1992 i *Hadjianastassiou mot Hellas* (EMD-1987-12945), og ankeinstansen mulighet til å overprøve dommen, se for eksempel avsnitt 49 i Menneskerettskomiteens generelle kommentar 32 fra

---

<sup>132</sup> Rt-2009-750 avsnitt 83

<sup>133</sup> Rt-2009-750 avsnitt 33. De brukte ikke tid på ordlyden i artikkel 6. Dette er naturlig siden den ikke gir noen veiledning, men står i motsetning til en del annen praksis om EMKs betydning, se f eks Rt-2013-374.

2007. De skal også sikre at ankedomstolen foretar en reell overprøving, se avsnitt 48 i den samme generelle kommentaren. [...]

Oppsummert kan man si at kravet om at dommer skal være adekvat begrunnet, skal sikre *en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvnbarhet* og en *effektiv rett til overprøving* (kursiv i originalen).<sup>134</sup>

Jeg bemerker at Høyesterett skilte mellom *etterprøvnbarhet* og *overprøvnbarhet*: det første viser til domfeltes og allmennhetens mulighet til å forstå domfellelsen, det siste til ankeinstansens mulighet til å prøve dommen. Hensynene bak begrunnelseskravet fikk en viktig plass i Høyesteretts videre prøving, og jeg omtaler dem nærmere i 5.1.4 og 5.1.5. I det følgende går jeg kun gjennom Høyesteretts kildebruk i avsnittene.

Høyesterett viste til konvensjonsorganenes tolkning av EMK og SP, herunder tre dommer fra EMD: *Taxquet*, *Salov* og *Hadjianastassiou*. Begrepet «for eksempel» foran henvisningene tyder på at Høyesterett mente hensynene kommer til uttrykk også i annen praksis fra EMD. *Salov* og *Hadjianastassiou* er del av EMDs rikholdige praksis om begrunnelse av rettsavgjørelser, men gjaldt ikke hvorvidt juryens avgjørelse er tilstrekkelig begrunnet ut fra spørsmålene. *Salov* var ikke avgjort med jury, mens Hadjianastassious mulighet til å anke ble hindret av at han ikke hadde fått spørsmålene til dommerkollegiet utlevert skriftlig, se punkt 3.2. Henvisningene viser at hensynene gjør seg gjeldende i alle saker hvor EMD vurderer om begrunnelsen er tilstrekkelig, og ikke i jursaker spesielt.

I tillegg henviste Høyesterett til FNs menneskerettighetskomité's generelle kommentar 32. Senere i dommen uttalte Høyesterett at også i EMDs tolkning av EMK skal begrunnelse ivareta mulighet til overprøving, og at de i det følgende bare prøvde saken ut fra EMDs krav. Jeg kommer tilbake til betydningen av SP, og hvordan Høyesterett brukte denne rettskilden sammen med EMK, i 5.1.8. Foreløpig vil jeg bare påpeke at Høyesterett ikke fant relevant kildemateriale fra FN spesielt om begrunnelse i jursaker.<sup>135</sup> Dette støtter også

---

<sup>134</sup> Rt-2009-750 avsnitt 34-35

<sup>135</sup> Rt-2009-750 avsnitt 59

at de hensyn som her trekkes frem, er bakenforliggende for begrunnelse av rettsavgjørelser generelt.

Det andre avsnittet, hvor Høyesterett sammenfattet konvensjonsorganenes praksis i tre hovedhensyn, har ingen kildehenvisninger. Jeg oppfatter dette avsnittet som Høyesteretts oppsummering og sammenfatning av konvensjonspraksis. Det er sentralt for min videre fremstilling at hensynene utgjør Høyesteretts tolkning av de formål som ligger til grunn for konvensjonsorganenes begrunnelseskrav.

### 5.1.3 Høyesterett tolker EMDs praksis

For å finne ut hvordan EMD har praktisert kravet om adekvat begrunnelse, gikk Høyesterett kronologisk gjennom *R. mot Belgia*, *Zarouali*, *Papon*, *Goktepe* og *Taxquet* for å finne ut om *Taxquet* «utgjør en kursendring»<sup>136</sup> sammenlignet med tidligere praksis. Høyesterett behandlet dommene nøye og siterte lengre passasjer fra flere av dem. I alle dommene var enten Belgia eller Frankrike innklaget, se min gjennomgang av praksis i 3.3.

Høyesterett tolket *Taxquet* slik at EMD «mer aktivt [vil] prøve om klageren har fått en rettferdig rettergang der saken er avgjort av en jurydomstol»<sup>137</sup>. Det ble lagt til grunn at *Taxquet* «ikke kan leses slik at den stiller krav om at juryen må begrunne sin kjennelse eller om at juryordningen må avvikles, men at den kan innvarsle at EMD vil se mer kritisk på rettssaker avgjort av jury enn Domstolen har gjort tidligere»<sup>138</sup>. Jeg forstår dette slik at Høyesterett for det første mente at EMD ikke krevde at juryavgjørelser må være begrunnet, og for det andre mente at EMD muligens vil prøve begrunnelsen i juryavgjørelser mer aktivt enn tidligere. Jeg vurderer dette i det følgende.

At EMD ikke krevde at juryavgjørelser skulle være begrunnet, er jeg enig i. EMDs seks tidligere avgjørelser om ubegrunnede juryavgjørelser var funnet tilstrekkelig begrunnet, se 3.3. Å kreve begrunnelse ville således bryte med tidligere praksis. Selv om kammeret påberopte seg en rettsutvikling, mener jeg, som det fremgår av min redegjørelse i 3.4.4,

---

<sup>136</sup> Rt-2009-750 avsnitt 38

<sup>137</sup> Rt-2009-750 avsnitt 53

<sup>138</sup> Rt-2009-750 avsnitt 55

at *Taxquet* ikke stilte krav om eksplisitt begrunnelse. Informasjonen man fikk om domfellelsen i *Taxquet* var mindre enn i EMDs tidligere praksis: der ble faktum, straffebestemmelser og spørsmålene til juryen ansett tilstrekkelige som begrunnelse. I *Taxquet* var spørsmålene og tiltalen eneste kilde til informasjon, spørsmålene var svært generelt utformet og like for alle åtte tiltalte.

For det andre mente Høyesterett at EMD ville prøve begrunnelsen i jurysaker mer aktivt enn før. Jeg er enig i at prøvingen i *Taxquet* er mer konkret enn i EMDs tidligere praksis. EMD siterte spørsmålene til juryen da de vurderte om begrunnelsen var tilstrekkelig, og uttalte at utformingen gjorde at tiltalte hadde grunn til å klage på at han ikke visste hvorfor han ble dømt, og at rettspleien fremsto vilkårlig.<sup>139</sup>

I *R. mot Belgia, Zarouali og Papon* ble ikke spørsmålene til juryen gjengitt. I stedet la EMD vekt på prosessen spørsmålene blir til i, som tiltalte har mulighet til å påvirke. De uttalte videre generelt at juryens svar på spørsmålene, sett sammen med faktumbeskrivelse og det rettslige grunnlaget for avgjørelsen, utgjør tilstrekkelig begrunnelse. Generelle trekk ved prosessen, for eksempel tiltaltes mulighet til å påvirke spørsmålene, ble ikke trukket frem i *Taxquet*. Jeg er derfor enig i at *Taxquet* gir uttrykk for en mer aktiv prøving av begrunnelsen enn det som hadde vært praktisert i tidligere jurysaker.

Høyesterett ga uttrykk for at dette «kan innvarsle» at EMD også i senere praksis vil prøve begrunnelsen i jurysaker konkret. Jeg tolker ordet «kan» slik at Høyesterett så dette som en mulighet, men ikke sikkert. Storkammerbehandlingen og senere praksis kunne selv sagt foreta en like konkret prøving eller velge en mer generell tilnærming.

#### 5.1.4 Betydningen for norske forhold

Da Høyesterett skulle prøve om lagmannsrettens saksbehandling var i samsvar med EMK, ble det bygget videre på hensynene bak begrunnelseskravet:

---

<sup>139</sup> *Taxquet* (K) avsnitt 48

Etter EMDs praksis må mangelen på begrunnelse for juryens kjennelse kompenseres av andre mekanismer som på en tilfredsstillende måte ivaretar de samme formål. Hvilke krav som stilles, beror i noen grad på de konkrete omstendighetene i den enkelte sak.

Lagmannsrettens behandling av straffesaken mot A skjedde i samsvar med straffeprosesslovens saksbehandlingsregler. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å undersøke om det i den norske straffeprosessen generelt, og i As sak spesielt, foreligger slike kompenserende mekanismer. Spørsmålet blir om den norske juryordningen på en tilfredsstillende måte ivaretar formålene med kravet om begrunnelse. Som nevnt tidligere dreier det seg om tre formål, å sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarehet og en effektiv rett til overprøving.<sup>140</sup>

Høyesteretts fremgangsmåte karakteriseres av tre elementer: EMDs praksis anses å gi en «oppskrift» på hva som er tilstrekkelig begrunnelse. Den oppskriften går ut på å ivareta hensynene bak begrunnelseskravet for å oppfylle forpliktelsene etter EMK. De hensynene som må ivaretas, mente Høyesterett var de samme tre hensyn som ble omtalt tidligere i dommen. Høyesterett la her ikke opp til å bruke EMDs praksis som presedens, det vil si at man leter etter parallelle saksforhold i EMDs praksis, men løftet drøftelsen opp til et mer overordnet nivå hvor hensynene bak praksisen ble avgjørende.

Det første spørsmålet blir om en slik fremgangsmåte med å lete etter sikkerhetsmekanismer følger av EMDs praksis. EMD har ikke sagt eksplisitt at man skal følge denne fremgangsmåten i jurysakene. Fremgangsmåten stemmer med EMDs metode: Å se hen til sikkerhetsmekanismer stemmer med EMDs fremgangsmåte når de vurderer om inngrep i andre rettigheter etter artikkel 6 kan forsvares. I *Al-Khawaja og Tahery* var for eksempel dette utgangspunkt for å vurdere om det stred mot retten til å krysseksaminere vitner at vitnets politiforklaring ble lest opp.

Forholdet til jurysakene er litt mer usikkert. Ingen «kompenserende mekanismer» ble fremhevet i *Taxquet*, på den andre siden ble begrunnelsen der funnet utilstrekkelig slik at den manglende begrunnelsen uansett ikke kan ha vært tilstrekkelig kompensert. I tidligere praksis om jurysaker omtalte ikke EMD surrogatgarantier for manglende begrunnelse,

---

<sup>140</sup> Rt-2009-750 avsnitt 61-62

men prøvingen var i større grad knyttet til generelle trekk ved prosessen. Det er mulig å tolke avgjørelsene slik at den manglende begrunnelsen ble kompensert i prosessen for øvrig, for eksempel ved at tiltalte kan påvirke spørsmålenes utforming, og at det var derfor EMD ikke konstaterte krenkelse. Jeg vil derimot ikke gå så langt som til å si at dette for disse sakenes vedkommende «følger av EMDs praksis».

Det neste spørsmålet blir hvilket forhold det er mellom EMDs praksis og de tre hensynene. EMD har ikke sagt at begrunnelseskravet ivaretar disse tre formålene, men Høyesterett tolker deres praksis slik. De tre hensynene kan i en viss utstrekning knyttes til EMDs argumentasjon i *Taxquet*. Hensynet til en reell og samvittighetsfull behandling kan gjenfinnes i EMDs utsagn om at tiltalte under disse omstendigheter kunne få "l'impression d'une justice arbitraire"<sup>141</sup>. Utsagnet kan tolkes slik at EMD krever at saksbehandlingen skal være basert på regler og likebehandling, og at med en så knapp begrunnelse kunne man komme til å tvile på at den var det.

Etterprøvingshensynet, at tiltalte skal kunne vite hvorfor han ble dømt, kan gjenfinnes i utsagn som at Taxquet "était fondé à se plaindre qu'il ignorait les motifs pour lesquels il avait été répondu positivement à chacune [des questions]"<sup>142</sup>, og at han «n'était pas à même de comprendre – et donc d'accepter – la décision de la juridiction»<sup>143</sup>. EMD stilte krav om at tiltalte skal kunne forstå domstolens avgjørelse, at han skal kunne etterprøve domsresultatet. Overprøvingshensynet kan gjenfinnes i at «[d]ans ces conditions, la Cour de cassation n'a pas été en mesure d'exercer efficacement son contrôle et de déceler, par exemple, une insuffisance ou une contradiction des motifs»<sup>144</sup>. Kammeret fant at retten til overprøving ikke var effektiv, det Høyesterett har kalt hensynet til en reell overprøving.

Selv hvis man som Høyesterett ser de tre hensynene som underliggende i EMDs praksis om begrunnelse, er Høyesteretts tilnærming til jurysakene annerledes enn EMDs. Sistnevnte prøver om begrunnelsen er tilstrekkelig i den aktuelle saken. I *Taxquet* ble dette

---

<sup>141</sup> *Taxquet* 2009 avsnitt 48

<sup>142</sup> *Taxquet* 2009 avsnitt 48

<sup>143</sup> *Taxquet* 2009 avsnitt 48

<sup>144</sup> *Taxquet* 2009 avsnitt 49

gjort konkret ut fra spørsmålene til juryen. Høyesterett gikk mer prinsipielt til verks og satte opp hensyn som skal ivaretas. Det ser ut til at Høyesterett opplevde et behov for å lage generelle retningslinjer for hva som er tilstrekkelig begrunnelse. Vurderingen omfattet å gjennomgå saksbehandlingen for lagmannsrett generelt, ikke bare å prøve begrunnelsen i den aktuelle saken.

Karakteristisk for Høyesteretts bruk av hensyn er også at de undersøkte om hensynene var ivaretatt hver for seg. EMD foretar derimot alltid en helhetsvurdering av prosessen. Selv om hensynene kan knyttes til EMDs vurdering i *Taxquet*, synes ingen av hensynene tilstrekkelig ivaretatt der. Det gjør det usikkert hvor høye krav som stilles til hver av dem, og hvor mye som var et samvirke.

#### 5.1.5 Nærmere om hensynene og Høyesteretts fremgangsmåte

Høyesterett omtalte formålene bak begrunnelseskravet ved å vise til praksis fra EMD og FNs menneskerettighetskomité's generelle kommentar, se 5.1.2. Formålene ble deretter sammenfattet i tre hensyn. Som vist i forrige punkt følger de tre hensynene ikke uttrykkelig av EMDs praksis, men har visse holdepunkter der. I dette punktet skriver jeg nærmere om Høyesteretts tolkning av konvensjonspraksis.

Den første delen av redegjørelsen for formålene bak begrunnelseskravet sammenfaller svært godt med Kjølbro's fremstilling av samme tema: «Begrundelseskravet varetager *flere formål*, herunder at vise parterne, at de er blevet hørt, at sikre offentlig kontrol med retsudøvelsen, at give parterne mulighed for at appellere samt at give appelinstansen mulighed for at foretage en prøvelse»<sup>145</sup>. Til sammenligning skrev Høyesterett hvis vi klipper ut alle henvisningene:

Begrunnelser skal ifølge konvensjonsorganenes praksis ivareta flere formål. For det første skal de tjene som sikkerhet mot vilkårlighet [...] Videre skal begrunnelse vise partene at de er blitt

---

<sup>145</sup> Kjølbro 2007 s. 424

hørt og muliggjøre offentlighetens kontroll med rettspleien [...] Begrunnelser skal også gi partene grunnlag for å vurdere anke, [...] og ankeinstansen mulighet til å overprøve dommen.<sup>146</sup>

Med unntak av formålet med å unngå vilkårlige avgjørelser, som er hentet fra *Taxquet*, fremheves de samme formålene i samme rekkefølge. Høyesterett viste ikke til Kjølbros noe sted i plenumsdommen, men passasjen er så lik at Høyesterett sannsynligvis har bygget på Kjølbros fremstilling.

Formålene har også stor likhet med hvordan hensynene bak begrunnelse er blitt forstått i Norge. Forvaltningskomiteen trakk fram at begrunnelse skal sikre en lovmessig og rettferdig forvaltning, tjene til å overbevise den vedtaket gjelder, og gi ham mulighet til å vurdere om han skal klage. Begrunnelse kan dessuten føre til grundigere og bedre avveide avgjørelser.<sup>147</sup> Straffeprosesslovutvalget fremhevet begrunnelse som en forutsetning for at Høyesterett kan prøve lagrettens lovforståelse.<sup>148</sup> I to-instansutvalgets innstilling ble det trukket fram at begrunnelse ga større sikkerhet for at skyldspørsmålet var grundig vurdert, og partenes argumenter prøvd. Et nakent ja eller nei kunne oppleves vilkårlig av tiltalte og av fornærmede.<sup>149</sup>

Størst likhet finnes i Rt-2008-1764 hvor Høyesterett fant at begrunnelse sikrer at avgjørelsen ble truffet etter en grundig vurdering, gjør at domfelte kan kontrollere at hans anførsler er forsvarlig vurdert og muliggjør ankeinstansens prøving.<sup>150</sup> De samme tre hensynene, reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarhet og overprøvbarhet, er følgelig å gjenfinne i ankenektelsessaken. De samme hensyn som taler for begrunnelse i den norske diskursen om begrunnelse, ses dermed som bakenforliggende i EMDs praksis.

Vi så i 5.1.2 at Høyesterett viste til flere avgjørelser enn *Taxquet* da de redegjorde for hensynene bak begrunnelseskravet, og at de brukte «for eksempel» foran hver avgjørel-

---

<sup>146</sup> Rt-2009-750 avsnitt 34

<sup>147</sup> NUT 1958: 3 s. 220-221

<sup>148</sup> NUT 1969: 3 s. 81. Lagmannsretten var da førsteinstans og Høyesterett ankeinstans.

<sup>149</sup> NOU 1992: 28 s. 99

<sup>150</sup> Rt-2008-1764 avsnitt 90-91



se, hvilket tyder på at de mente hensynene kan gjenfinnes også i annen praksis fra EMD. Dette kan forklare hvorfor Høyesterett ikke begrenset *Taxquets* relevans eller rettskildeværdi. At avgjørelsen var anket, vil etter mitt skjønn tilsi en viss forsiktighet med å bygge på den. Hvis de tre hensynene ses som en målestokk som alltid finnes i EMDs praksis om begrunnelse i rettergang, blir *Taxquet* ikke kilde til hensynene, men også et sted de kommer til uttrykk. Selv om de konkrete uttalelsene i *Taxquet* ikke ville bli stående, ville hensynene bli det fordi Høyesterett ser dem som noe som alltid er underliggende i EMDs vurdering.

De er ingenting merkelig med at de argumenter som taler for begrunnelse, er de samme i Norge og i EMD. Men hvordan skal begrunnelseskravet tilpasses jurysakene? Høyesterett sa ingenting om det. Bruken av jury balanserer flere hensyn mot hverandre, som vi så i kapittel 4. Ut fra forarbeidene er det klart at lovgiver lenge har vært klar over hvilke argumenter som taler for begrunnede avgjørelser, men at man likevel har funnet at andre hensyn må veie tyngre. Da blir spørsmålet om Høyesterett må respektere avveiningen som er foretatt.

Høyesterett uttalte i Bøhlerdommen at der «det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer»<sup>151</sup>. Etter mitt syn er bruken av jury fremfor begrunnede avgjørelser en slik verdiprioritering som har blitt forsøkt endret mange ganger uten gjennomslag. Hensynene som taler for begrunnede avgjørelser må veies mot hensynet til bruk av legfolk. Høyesterett drøftet ikke om det var nødvendig med en tilpasning og hvordan den eventuelt skulle foregå, ut over å si at hensynene må ivaretas tilstrekkelig.

#### 5.1.6 Hensynet til en reell og samvittighetsfull behandling

I sin vurdering av om saken fikk en reell og samvittighetsfull behandling, tolket Høyesterett straffeprosessloven § 376c på følgende måte:

---

<sup>151</sup> Rt-2000-996 s. 1008

[D]ersom fagdommere finner at det «ikke er ført tilstrekkelig bevis» for tiltaltes skyld, skal de tilsidesette lagrettens kjennelse, se § 376 c. Riktignok bruker bestemmelsen uttrykket «kan» og ikke «skal», og i forarbeidene er det sagt at «retten [dvs. fagdommerne] ikke er forpliktet til å sette kjennelsen til side i alle tilfelle hvor den ville ha kommet til et annet resultat», da det er lagretten som har «det prinsipale ansvar» for bevisbedømmelsen, se Ot.prp.nr.35 (1978-1979), side 221. Grunnleggende rettssikkerhetshensyn tilsier imidlertid at dersom det er rimelig tvil om tiltaltes skyld skal retten, dvs. fagdommerne, sette til side en kjennelse fra lagretten om at tiltalte er skyldig.<sup>152</sup>

Høyesterett fant her at straffeprosessloven § 376c må forstås som en pliktregel og ikke som en kompetanseregulering. Argumentene for å forstå regelen som en kompetanseregulering var ordlyden, «kan», og forarbeidene som støttet det inntrykket. Det er for øvrig all grunn til å tro at bestemmelsen er blitt praktisert som en kan-bestemmelse.<sup>153</sup> Argumentet for å gjøre endringen var «grunnleggende rettssikkerhetshensyn». Dette er et annet hensyn enn de tre hensynene bak begrunnelseskravet. Fordi rettsikkerhet er et viktig prinsipp både i norsk rett og i EMD, er det uklart hvem av dem hensynet viser til.

Jeg kan ikke se at denne problemstillingen er berørt i *Taxquet (K)* eller i tidligere avgjørelser for EMD.<sup>154</sup> Problemstillingen er åpenbart bare aktuell i jursaker. Spørsmålet blir da om man kan argumentere for å gjøre endringen ut fra de hensyn som er bakenforliggende i EMDs vurderinger. Det nærmeste man kommer et krav om reell og samvittighetsfull behandling i *Taxquet* er kravet om å unngå vilkårlige avgjørelser. Vilkaarighet er en standard EMD benytter seg av når de skal vurdere om maktbruk fra statens side kan rettferdiggjøres, hvor «arbitrary» maktbruk ses som en motsetning til maktbruk som er «lawful».<sup>155</sup> Begrepet brukes for eksempel også i avgjørelser om artikkel 5 (rett til frihet og sikkerhet), 8 (respekt for familieliv og privatliv) og 11 (forenings- og forsamlingsfrihet).<sup>156</sup>

---

<sup>152</sup> Rt-2009-750 avsnitt 66

<sup>153</sup> Andenæs/Myhrer 2009 s. 515

<sup>154</sup> Derimot så vidt i *Taxquet (SK)*, se kapittel 6.

<sup>155</sup> For eksempel *Assanidzé* avsnitt 175

<sup>156</sup> For eksempel *Creangă* avsnitt 84, *Nunez* avsnitt 68, «*PĂSTORUL CEL BUN*» avsnitt 131

Fremsto saksbehandlingen vilkårlig uten denne endringen? Hvis fagdommerne har en plikt til å sette kjennelsen til side ved rimelig tvil, vil det presumtivt føre til en mer samvittighetsfull vurdering av skyldspørsmålet fra deres side. Hensynet blir da bedre ivaretatt enn før. Det ivaretas på den annen side, som Høyesterett skriver, også av andre mekanismer. For eksempel må spørsmålene være konkrete og individualiserte og vise til sakens faktiske omstendigheter. Spørsmålenes utforming var det mest kritikkverdige forholdet i *Taxquet*, og EMD uttalte at det var de vage spørsmålene som gjorde at saksbehandlingen kunne fremstå som vilkårlig. Saksbehandlingen vil derfor presumtivt fremstå mer betryggende i Norge enn i Belgia. En betryggende saksbehandling ivaretas også av at rettens leder forklarer lagretten spørsmålene og rettssetningene de er bundet av, og oppsummerer bevisene.<sup>157</sup> *Taxquet* gir ingen veiledning om hvor grensen går i saker hvor saksbehandlingen fremstår mindre vilkårlig enn i *Taxquet*.

Endringen sikrer i realiteten en dobbeltbehandling i lagmannsretten hvor jury og fagdommere må være enige, og det fører til ny behandling hvis bare juryen ønsker å domfelle siktede. (Den nye behandlingen blir da med meddomsrett.) Endringen er til siktetes gunst siden den formodentlig innebærer at fagdommerne vil ha lavere terskel for å sette lagrettens kjennelse til side og mer aktivt vil vurdere skyldspørsmålet enn tidligere.<sup>158</sup> I Rt-2002-1530 var hensynet til en klar arbeidsdeling mellom lagrett og rett et viktig argument, se 4.2. Hensynet ble ikke gjort gjeldende her. Endringen tyder derfor på at Høyesterett følte seg mindre bundet av hvordan lovgiver har veid hensynene mot hverandre enn i 2002. Lovgiver har ønsket at Høyesterett skal endre retten hvis det kreves av EMD, men hvis Høyesterett mente endringen var nødvendig for å oppfylle EMDs krav, sa de det ikke.

#### 5.1.7 Etterprøvingshensynet

Ved undersøkelsen av om det er mulig å *etterprøve vurderingen som er foretatt*, fant Høyesterett at straffeprosessloven § 40 femte ledd, som bestemmer at domsgrunnene i med-

---

<sup>157</sup> Rt-2009-750 avsnitt 65

<sup>158</sup> Ønsker fagdommerne derimot å sette til side en frifinnende kjennelse, må de enstemmig finne det «utvilsomt» at han er skyldig, jf. straffeprosessloven § 376a.

domsrettssaker skal angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering, burde anvendes analogisk for lagmannsrettens bevisvurdering under reaksjonsspørsmålet. Hvis dette ikke gjøres, antok Høyesterett at feilen kunne føre til oppheving av dommen hvis det hindrer prøving av anken eller antas å kunne ha virket inn på dommens innhold. Høyesterett beskrev først bestemmelsens krav til informasjon om bevisvurderingen ut fra forarbeidene, før de sluttet seg til norsk juridisk teori for å tolke den analogisk. Det ble hentet støtteargumenter fra to avgjørelser fra EMD, *Goktepe* og *Taxquet*.<sup>159</sup> Som beskrevet i 4.2 kom Høyesterett til motsatt resultat i Rt-2002-1530, hvilket ikke ble drøftet i plenumsdommen.

Dette er det eneste stedet i undersøkelsen av om hensynene bak begrunnelseskravet var tilstrekkelig ivare tatt, der Høyesterett viste direkte til EMD-dommer for å løse et tolkningsspørsmål. I *Goktepe* avviste EMD at spørsmål som hindrer juryen i å differensiere mellom de tiltaltes skyld, kan repareres under straffutmålingen. Høyesterett omtalte dette som en «annen situasjon» og fant dermed ikke avgjørelsen relevant. I *Taxquet* hadde klager ikke fått noen oppsummering av hvorfor han var funnet skyldig. Dette ble brukt som argument for at «en slik oppsummering i premissene for straffutmålingen har betydning ved vurdering av om kravet til en rettferdig rettergang er oppfylt»<sup>160</sup>.

Sitatet Høyesterett bygget på, var at *Taxquet* ikke hadde fått noen oppsummering av hvorfor han var funnet skyldig, på fransk «un résumé des principales raisons pour lesquelles la cour d'assises s'est déclarée convaincue de la culpabilité du requérant»<sup>161</sup>. Uttrykket «principales raisons» betyr hovedgrunner, et begrep som er videre enn «bevisvurdering». EMD kan derfor ha etterlyst noe annet, for eksempel hvilket faktum som var lagt til grunn. Parallelltolking må, som skrevet i kapittel 2, ta utgangspunkt i hvor stor faktumlikhet det er mellom sakene. Sitatet synes knyttet til at spørsmålene var vagt og generelt utformet, siden det kommer rett etter at EMD konstaterte dette. Høyesteretts tolket selv tidligere i ple-

---

<sup>159</sup> Rt-2009-750 avsnitt 75-77

<sup>160</sup> Rt-2009-750 avsnitt 77

<sup>161</sup> *Taxquet* 2009 avsnitt 48

numsdommen utsagnet som en «utdyping av hvorfor EMD finner at en domfellelse basert på disse spørsmålene, ikke ivaretar kravet om en rettferdig rettergang»<sup>162</sup>.

Det er ikke plass til en omfattende sammenligning av belgisk og norsk prosess, men jeg vil svært kort trekke frem noen forhold som er relevante for overføringsverdien. Det stilles i Norge krav om at det i «spørsmålene tas inn den straffbare handlings rettslige kjennemerker og gis en kort, men så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder, med opplysning om tid og sted», jf. straffeprosessloven § 366. Utformingen av spørsmålene reguleres i Belgia av Code d'instruction criminelle artikkel 323 som lyder: «La question résultant de l'acte d'accusation est posée en ces termes : " L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol, ou tel autre crime ? " »<sup>163</sup>. Det stilles ikke krav om at spørsmålene skal gi informasjon om hvilket faktum de bygger på, slik man ser av spørsmålene i *Taxquet*.

Foruten dette er en vesentlig forskjell på norske og belgiske dommer at lagmannsretten gir en redegjørelse for det faktum som er lagt til grunn i premissene for straffutmålingen. Høyesterett omtaler dette som en sikkerhetsmekanisme.<sup>164</sup> Noe tilsvarende krav stilles normalt ikke til belgiske dommer: Når EMD tar utgangspunkt i spørsmålene i *Taxquet*, er det nettopp fordi det ikke finnes andre steder, bortsett fra tiltalen, å hente informasjon.

I 3.4.4 fant jeg at de tydeligste krav som stilles i *Taxquet (K)* er knyttet til utformingen av spørsmålene. Det er gjennom en presis utforming av dem at tiltalte kan forstå hvorfor han ble dømt.<sup>165</sup> Høyesteretts omtale av etterprøvingshensynet dreide seg først og fremst om hvilken informasjon som kan hentes ut av spørsmålene til lagretten. Premissene for straffutmålingen supplerer spørsmålene ytterligere.

Ut fra dette fremstår det relativt klart at spørsmål til juryen inneholder mer informasjon i Norge enn i Belgia, og at ytterligere informasjon følger av straffutmålingspremisser.

---

<sup>162</sup> Rt-2009-750 avsnitt 54

<sup>163</sup> For oversettelse se appendiks.

<sup>164</sup> Rt-2009-750 avsnitt 72-73

<sup>165</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 48

ne. Redegjørelsen for bevisvurderingen kommer i tillegg til dette. Som i forrige punkt kan man spørre om det at dommen er mer etterprøvbar enn i *Taxquet* er tilstrekkelig. Her fremstår forskjellen såpass stor at jeg har vondt for å se at endringen var nødvendig for å unngå brudd på EMK. Høyesterett sa for så vidt ikke at endringen var nødvendig, men at «en slik oppsummering [...] *har betydning* ved vurdering av om kravet til rettferdig rettergang er oppfylt»<sup>166</sup> (min kursiv).

Høyesterett drøftet ikke Rt-2002-1530 hvor analogisk bruk av § 40 femte ledd ble avvist, selv om en høyesterettsdom normalt er en relevant rettskilde. I 2002 var lovens klare ordlyd, den omfattende reguleringen i straffeprosessloven og det at forarbeidene ikke talte for analogisk tolkning viktige rettskilder. I 2009 ble de ikke nevnt. Også her ser det dermed ut til at Høyesterett føler seg mindre bundet av lovgivers avveininger enn tidligere.

#### 5.1.8 Overprøvingshensynet

Ved vurderingen av om tiltalte fikk en *effektiv rett til overprøving* fant Høyesterett at det må stilles økte krav til dommens referering av lovforståelsen ved at det i enkelte saker kan bli nødvendig å protokollere rettsbelæringen eller beskrive lovforståelsen i premissene for straffutmålingen.<sup>167</sup> Begrunnelsen som ble gitt for dette, var at Høyesterett skal kunne prøve lagmannsrettens lovforståelse slik at retten til overprøving blir effektiv:

I de fleste tilfeller vil spørsmålene til lagretten sammen med den beskrivelse av den straffbare handling som er gitt i dommen, danne et tilstrekkelig grunnlag for å prøve lagmannsrettens lov-anvendelse. I visse tilfeller kan dette imidlertid være utilstrekkelig. Der det ikke fremstår som klart at handlingen som er beskrevet faller inn under lovbestemmelsen, kan det derfor være grunn til å gjøre opptak av eller protokollere rettsbelæringen selv om ingen av partene har krevd det. Er dette ikke gjort, bør lagmannsrettens dom av hensyn til Høyesteretts overprøving inneholde en redegjørelse for lagmannsrettens lovanvendelse.

[...]

---

<sup>166</sup> Rt-2009-750 avsnitt 77

<sup>167</sup> Rt-2009-750 avsnitt 83 og 84

Det avgjørende [for om det foreligger brudd på EMK] er om formålene bak begrunnelseskravet blir tilfredsstillende ivarettatt på annen måte. Den norske juryordningen har mekanismer for å ivareta disse formålene, og saker behandlet i tråd med straffeprosesslovens krav, vil normalt oppfylle kravet til en rettferdig rettergang. Noen saker kan imidlertid ligge slik an at hensynet til at Høyesteretts overprøving blir effektiv, tilsier at retten gjør opptak av eller protokollerer rettsbelæringen og/eller beskriver i straffutmålingspremissene hvordan loven er forstått.<sup>168</sup>

Det som talte for det økte krav til informasjon om lagmannsrettens lovforståelse, var hensynet til Høyesteretts overprøving. Det økte kravet til referering av lovforståelsen er den tydeligste justeringen Høyesterett foretok fordi de uttalte i konklusjonen at de hadde stilt et økt krav. Det ble ikke vist til noen norske rettskilder, bare sagt at det «kan være grunn til» å referere lovforståelsen og at hensynet til Høyesteretts overprøving tilsier at lagmannsretten i noen saker gjengir lovforståelsen bedre enn tidligere. Formuleringene peker mot at Høyesterett mente det var få saker hvor lovforståelsen ville være utilstrekkelig gjengitt, og at lagmannsretten må vurdere dette konkret. Høyesterett så like fullt ut til å mene at det var en forutsetning for ikke å bryte EMK at endringen ble gjort i disse sakene.

Straffeprosessloven § 368 siste ledd gir uttrykk for at partene kan be om at rettsbelæringen protokolleres, og følgelig at de selv må vurdere om det er nødvendig. Høyesterett flyttet her ansvaret til lagmannsretten som ble pålagt ansvaret for å vurdere konkret om Høyesterett ville ha tilstrekkelig informasjon til å prøve deres lovforståelse og bøte på det hvis så ikke var tilfellet. Høyesterett siterte ikke lovteksten og må sies å forholde seg ganske fritt til den.

Overprøvingshensynet kommer ifølge Høyesterett til uttrykk både i kilder fra FNs menneskerettighetskomité og i EMD-praksis. Som vi så i kapittel 2 samsvarer det med EMDs metode å bruke tolkingen av SP til å tolke EMK. Jeg undersøker i det følgende om det finnes presedens for dette spørsmålet eller et krav om reell overprøving fra de to konvensjonsorganene.

---

<sup>168</sup> Rt-2009-750 avsnitt 81 og 83

#### 5.1.8.1 SP og EMK

Både SP og EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven.<sup>169</sup> FNs menneskerettighetskomité utgir blant annet generelle kommentarer til konvensjonene og uttaler seg i individklager. I likhet med EMDs avgjørelser er den rettskildemessige betydningen av uttalelser et spørsmål om hvor autoritativ deres tolkning av konvensjonen er. EMDs avgjørelser er bindende for medlemslandene i saker hvor de selv er part, mens dette ikke er tilfellet for uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité.<sup>170</sup> Forarbeidene til menneskerettsloven gikk langt i å tilkjenne komiteens uttalelser stor betydning.<sup>171</sup> Høyesterett har på den bakgrunnen uttalt at komiteens uttalelser må ha betydelig vekt som rettskilde, og satte til side straffeprosesslovens regler om at lagmannsretten ikke skal begrunne avgjørelser om ankenektelse på grunn av en avgjørelse fra FNs Menneskerettskomité, se 4.4.<sup>172</sup>

SP artikkel 14 nr. 5 gir en rett til dobbeltbehandling i straffesaker.<sup>173</sup> Begrunnelsens betydning for retten til anke er omtalt i generell kommentar 32. Som Høyesterett påpekte, er problemstillingen med ubegrunnede juryavgjørelser ikke berørt der.<sup>174</sup> Så vidt jeg kjenner til, har FNs menneskerettighetskomité ikke uttalt seg om problemer knyttet til overprøving av ubegrunnede juryavgjørelser. Derimot følger det av kommentaren at ankedomstolen må kunne vurdere sakens faktiske side, og at domfelte har krav på en «duly reasoned, written judgement of the trial court [...] necessary to enjoy the effective exercise of the right to appeal»<sup>175</sup>. Avgjørelser bør følgelig være tilstrekkelig begrunnet til at domfelte kan benytte sin rett til å anke. Menneskerettighetskomiteens bidrag er forbeholdt de hensyn som gjør seg gjeldende, men ingen direkte presedens.

---

<sup>169</sup> Menneskerettsloven § 2

<sup>170</sup> Høstmølingen 2012 s. 369, 373

<sup>171</sup> Inst.O. nr.51 (1998-1999) s. 6

<sup>172</sup> Rt-2008-1764 avsnitt 81, 100-102

<sup>173</sup> Før innføringen av to-instansreformen hadde Norge derfor inngått SP med forbehold overfor denne bestemmelsen. Forbeholdet er i dag begrenset til saker hvor domfellelse skjer i lagmannsretten etter frifinnelse i tingretten og til saker for Riksrett.

<sup>174</sup> Rt-2009-750 avsnitt 59

<sup>175</sup> Generell kommentar 32 avsnitt 48 og 49



Retten til anke er bedre sikret gjennom SP enn gjennom EMK: EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 2 stiller bare krav om at skyldspørsmålet *eller* straffespørsmålet skal kunne ankes. Annet ledd gjør enkelte unntak fra ankeretten, blant annet hvis tiltalte er domfelt i andreinstansen etter frifinnelse i førsteinstans. Det er ikke krav på tredjeinstansbehandling, men hvis nasjonal rett gir en slik rett, gjelder de grunnleggende garantiene som følger av artikkel 6.<sup>176</sup> Det betyr at prosessen ved anke til Høyesterett må oppfylle kravene til rettferdig rettergang.

EMD har meg bekjent aldri konstatert krenkelse av artikkel 6 fordi begrunnelsen i en jursak var utilstrekkelig til å prøve juryens lovforståelse. (I *Hadjianastassiou*, som var dømt av en militærdomstol, var problemet at spørsmålene ikke var utlevert, ikke at de ikke ga nok informasjon.) I *Planka* mente klager at han ikke kunne anke juryens lovforståelse fordi det ikke ble gitt noen begrunnelse. EMD fant det tilstrekkelig at klager kunne anke rettsbelæringen som var skriftlig. Til sammenligning legger straffeprosessloven som sagt opp til at rettsbelæringen protokolleres hvis partene ber om det.<sup>177</sup> Det ble ikke sagt i *Planka* at det ville utgjort brudd på EMK hvis rettsbelæringen ikke var nedtegnet, men avgjørelsen kan tolkes slik. Avgjørelsen er gammel, fra 1996, og dessuten avsagt av kommisjonen, hvilket tilsier en viss forsiktighet med å bygge på den.

I *Taxquet* skrev Domstolen at ankeinstansen etter omstendighetene ikke var «en mesure d'exercer efficacement son contrôle et de déceler, par exemple, une insuffisance ou une contradiction des motifs»<sup>178</sup>. Det ser her ut til å ligge en klar forutsetning om at ankeinstansen skal kunne prøve om begrunnelsen for dommen er ulogisk eller utilstrekkelig. Ut-sagnet presiserer ikke om EMD sikter til for eksempel skyldspørsmålet eller lovforståelsen, men grunnlaget for domfellelse vil være utilstrekkelig hvis lovforståelsen er feil.

Begrunnelser som hindrer klagers ankerett, har også vært tema i andre avgjørelser i EMD. I *Hadjianastassiou* ble en reell rett til anke hindret fordi domsavsigelsen, som ble

---

<sup>176</sup> *Ekelund, Delcourt*

<sup>177</sup> Straffeprosessloven § 368 siste ledd

<sup>178</sup> *Taxquet 2009* avsnitt 49. Avsnittet er henvist til, men ikke sitert i Rt-2009-750 avsnitt 59 når Høyesterett begrunnet hvorfor den senere drøftelsen utelukkende var basert på EMK.

gjort muntlig, ikke inneholdt noen referering av spørsmålene, og disse ble ikke gjort tilgjengelige for tiltalte før ankefristen var gått ut.<sup>179</sup> Anken ble deretter avvist fordi den var upresis.

I *Suominen* uttalte EMD: “a reasoned decision affords a party the possibility to appeal against it, as well as the possibility of having the decision reviewed by an appellate body. It is only by giving a reasoned decision that there can be public scrutiny of the administration of justice”<sup>180</sup>. Artikkel 6 ble funnet krenket blant annet fordi “[t]he lack of a reasoned decision also hindered the applicant from appealing in an effective way against that refusal”<sup>181</sup>. Begrunnelsen som ble etterspurt, gjaldt hvorfor Suominen ikke fikk lov til å legge frem en del av bevisene hun ønsket. Jeg bemerker at det ikke var gitt noen skriftlig begrunnelse i det hele tatt.<sup>182</sup>

Konvensjonsorganenes tolkning av SP og EMK gir uttrykk for at retten til anke som nasjonal rett gir, faktisk må kunne la seg gjennomføre. Særlig i EMD har begrunnelse som en forutsetning for mulighet til å anke vært tema i flere avgjørelser. Dette støttes av Kjølbros som skriver at «*Appelregler skal være udformet på en sådan måte, at parten i praksis har reel mulighet for at udnytte retten til appel*»<sup>183</sup> (kursiv i originalen). Hvis refereringen av lovforståelsen de facto er utilstrekkelig til at domfelte kan benytte seg av sin rett til å anke til Høyesterett, taler disse kildene for at det vil utgjøre brudd på EMK og SP. Jeg bemerker at selv om tiltaltes forsvarer kan be om at rettsbelæringen protokolleres, må avkall på rettigheter etter EMK skje på en utvetydig måte.<sup>184</sup>

#### 5.1.9 Flere endringer?

Jeg har valgt å konsentrere meg om de tydeligste endringene Høyesterett gjorde i plenumsdommen, men det kan diskuteres om Høyesterett foretok ytterligere to endringer. Skoghøy

---

<sup>179</sup> *Hadjianastassiou* avsnitt 34

<sup>180</sup> *Suominen* avsnitt 37

<sup>181</sup> *Suominen* avsnitt 38. Se også *Salov* avsnitt 92

<sup>182</sup> *Suominen* avsnitt 25

<sup>183</sup> Kjølbros 2010 s. 397

<sup>184</sup> Kjølbros 2010 s. 459

har argumentert for dette i en leder i Lov og rett.<sup>185</sup> Dette gjelder for det første at Høyesterett kan vurdere lagrettens lovforståelse både på bakgrunn av rettsbelæringen hvis den er protokollert, og på grunnlag av hva juryen mest sannsynlig har lagt til grunn ut fra de øvrige opplysninger som forelå, blant annet beskrivelsen av den straffbare handlingen. I plenumsdommen fant Høyesterett at beskrivelsen måtte ta stilling til subjektiv skyld, og antok at hvis det ikke foreligger opplysninger om annet, må straffutmålingspremissene antas å gi uttrykk for lagrettens syn.

Høyesterett viste her til egen tidligere praksis. Det var ikke tidligere uttalt at premissene for straffutmålingen av mangel på holdepunkter for noe annet kunne tas til inntekt for lagrettens syn, men det ligger på et vis i det at de tidligere har opphevet dommer hvis premissene for straffutmålingen sådde tvil om lovforståelsen var riktig. I en dom fra 2007 skrev Høyesterett at de normalt vil utvise tilbakeholdenhet med å oppheve en dom på bakgrunn av lagmannsrettens uttalelser i forbindelse med straffutmålingen.<sup>186</sup> Juryutvalget mener dette er en kontrast til nåværende praksis, og knytter dette særlig til en avgjørelse fra 2011 hvor Høyesterett ser ut til å forutsette at selv i tilfeller hvor det bare er et mulig skyldansvar, må faktumbeskrivelsen eksplisitt ta stilling til subjektiv skyld.<sup>187</sup> Resultatet var ikke avgjørende i saken, og siden Høyesterett bygget på tidligere praksis, har jeg ikke sett grunn til å omtale dette nærmere.

For det andre mener Skoghøy at Høyesterett innskjerpet «de krav straffeprosessloven § 366 stiller til beskrivelse av handlingsforløpet i spørsmålsskriftet til juryen»<sup>188</sup>. Dette er det eneste han skriver om det. Et slikt krav kunne vært naturlig i lys av at *Taxquet* stilte strengere krav til utformingen av spørsmålene enn EMD tidligere hadde gjort, se 3.4.4. Jeg finner derimot ikke holdepunkter for Skoghøys syn i Høyesteretts dom, hvor det står: «[s]pørsmålene skal ikke bare inneholde en beskrivelse av den straffbare handlings kjennemerker, men også en kort beskrivelse av hvordan handlingen ble begått, med opplysning

---

<sup>185</sup> Skoghøy 2009

<sup>186</sup> Rt-2007-583

<sup>187</sup> NOU 2011: 13 s. 89, Rt-2011-641

<sup>188</sup> Skoghøy 2009 s. 385

om tid og sted, se § 366»<sup>189</sup>. Jeg kan ikke se at Høyesterett stiller noen økte krav sammenlignet med det som følger av § 366: «I spørsmålet tas inn den straffbare handlings rettslige merker og gis en kort, men så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder, med opplysning om tid og sted».<sup>190</sup>

#### 5.1.10 Oppsummert om endringene

Hensynene bak begrunnelseskravet er i Høyesteretts tolkning de samme i EMDs praksis som de som taler for begrunnede avgjørelser i Norge. Lovgiver har i noen grad nedprioritert disse argumentene ut fra andre hensyn. I 2002 var dette en avveining Høyesterett respekterte. Etter *Taxquet* ser det ut til at Høyesterett ikke lenger føler seg like bundet av lovgivers avveininger og i større grad tolker reglene ut fra hva de ser som hensiktsmessig. EMDs praksis kan da sies å ha påvirket hvordan hensynene veies mot hverandre. Med unntak av det økte kravet til referering av lagrettens lovforståelse fremstår det uklart om Høyesterett mente endringene var påkrevd.

Sett under ett er de tolkninger Høyesterett valgte, løsninger som bedrer rettssikkerheten og øker kildene til informasjon om domstolens vurdering. Hver for seg utgjør de små justeringer, men samlet kan de ses som en endring med tettere samarbeid mellom fagdommerne og lagretten enn tidligere, for eksempel ved at de må være enige om å domfelle, og strengere krav til hva domsgrunnene skal inneholde.<sup>191</sup> EMDs vurdering av om rettergangen er rettferdig gjøres ut fra prosessen som helhet. Ved å bedre rettssikkerheten i saksbehandlingen som helhet minsker muligheten for at begrunnelsen finnes utilstrekkelig. Høyesterett sa aldri at de hadde en samlet rettssikkerhetsheving for øye, derfor er det vanskelig å si om det dreier seg om en bevisst strategi. Det kan diskuteres om Høyesterett bygget inn en sikkerhetsmargin mot konvensjonsbrudd siden endringene gikk lenger enn konvensjons-

---

<sup>189</sup> Rt-2009-750 avsnitt 64

<sup>190</sup> Mitt standpunkt støttes i Backer 2009b s. 322

<sup>191</sup> Tittelen på Skoghøys «Fra jury til meddomsrett» spiller på dette.

organene klart krever.<sup>192</sup> De krav EMD stilte til utformingen av spørsmålene ser derimot ikke ut til å ha gitt utslag i Høyesteretts behandling.

#### 5.1.11 Sikkerhetsmekanismer som eksisterte før Høyesteretts behandling

I forrige punkt skrev jeg at et motiv for å gå gjennom hele saksbehandlingen for lagmannsrett kan ha vært å få anledning til å foreta justeringer i straffeprosessen, men Høyesterett fremhevet også sider ved saksbehandlingen i lagmannsretten som allerede fantes, som at spørsmålene til juryen skal være konkrete og individualiserte, at rettens leder skal forklare spørsmålene og jussen juryen er bundet av, og gi en kort oppsummering av bevisene i saken. Hva var formålet med å beskrive disse sikkerhetsmekanismene? Kan fremstillingen være rettet mot EMD?

Høyesterett tolket *Taxquet* slik at EMD i fremtiden mer aktivt vil prøve begrunnelsen i jurysaker. Det betyr økt sjanse for at en norsk sak om begrunnelse i jurysaker kommer til EMD. En utfordring ved behandling av saker i EMD er at dommerne kommer fra ulike land, og at det er ressurskrevende for Domstolen å ha tilstrekkelig innsikt i medlemslandenes nasjonale rett og hvordan den fungerer. Ved en slik gjennomgang fikk Høyesterett «vist fram» norsk prosess. Plenumsdommen kan gjøre det lettere for EMD å forstå hvordan saksbehandlingen fungerer i lagmannsretten. Å fremheve sikkerhetsmekanismer i prosessen generelt er som sagt i samsvar med EMDs metode.

Det kan også ha vært et motiv for Høyesterett å vise EMD at EMK og dens betydning for begrunnelseskravet er grundig vurdert i Norge, hvilket i seg selv kan hindre konvensjonsbrudd. Kjølbro skriver at nasjonale domstoler bør

være opmærksomme på, at udførlige begrundelser, herunder begrundelser, der redegør for forholdet til menneskerettighederne, formentlig vil gøre det vanskeligere for Domstolen at foretage en anden vurdering og statuere krænkelse, i det der synes at være en vis tendens til at

---

<sup>192</sup> Jon Petter Rui mener plenumsdommen kan tas til inntekt for et forsiktighetsprinsipp, se Rui 2010 s. 378.

fastholde de nationale domstoles afvejning, hvis den indeholder en begrundet vurdering af forholdet til konventionen.<sup>193</sup>

Høyesteretts fremgangsmåte er i samsvar med denne anbefalingen.

## **5.2 Rt. 2009 s. 1118**

Plenumsdommen fikk selvsagt først og fremst betydning for saksbehandlingen med lagrette, men de krav som stilles til begrunnelse av ankenektelser i sivile saker skulle også bli påvirket. Høyesterett innførte i 2008 krav om begrunnelse ved ankesiling av straffesaker, se 4.4. Etter plenumsdommen om begrunnelse i jursaker kom spørsmålet om også ankenektelser i sivile saker måtte begrunnes opp i Høyesterett. Spørsmålet ble behandlet i storkammer. Dommen er inntatt i Rt-2009-1118. Storkammeret delte seg i tre: et flertall på syv dommere og to mindretall på to dommere hver. Den ene dissensen gjaldt resultatet og den andre begrunnelsen.

Avhandlingens hovedanliggende er begrunnelseskravet i jursaker. Jeg omtaler derfor ikke denne dommen like nøye. I den grad dommen omtales, er det fordi den kompletterer bildet at den norske diskursen om begrunnelser, i tillegg til at Høyesterett bygget videre på hensynene bak begrunnelseskravet for å løse saken. Ett av spørsmålene Høyesterett vurderte, forholdet til Grunnloven § 88, omtaler jeg ikke.

Flertallet ved førstvoterende dommer Bårdsen fant at selv om det ikke forelå noe lovfestet krav om begrunnelse, «vil hensynet til en forsvarlig saksbehandling etter forholdene likevel kunne tilsi at det må gis en begrunnelse»<sup>194</sup>. Det forelå ikke praksis hvor dette hadde vært tilfellet i sivile saker, men Høyesterett hadde før Rt-2008-1764 krevd begrunnelse for ankenektelser i straffesaker i visse særlige tilfeller. Ut fra systembetraktninger og det som ble oppfattet som klare lovgiverforutsetninger, ble kravene som førte til at ankenektelser i straffesaker måtte begrunnes, overført på sivile saker. Argumentasjonen lå tett opp til og refererte til både Rt-2008-1764 og Rt-2009-750.

---

<sup>193</sup> Kjølbros 2010 s. 490. Også Kjølbros 2007 s. 426.

<sup>194</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 48

Høyesterett fant at hensynene bak kravet om begrunnelse i straffesaker, «å sikre og vise at alle relevante punkter i anken er overveid»<sup>195</sup>, var de samme i sivile saker. Som argument for det, viste førstvoterende til plenumsdommen om begrunnelseskravet i jurysaker. «[E]t begrunnelseskrav skal sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarhet og en effektiv rett til overprøving. Dette har etter mitt syn direkte overføringsverdi på sivile saker»<sup>196</sup>. Hensynene bak reglene i begge saker tilsa endringen fordi «de hensynene som skal tilgodeses gjennom et krav om begrunnelse gjør seg gjeldende med samme tyngde»<sup>197</sup>.

Flertallet fremmet også argumenter knyttet til lovgivers ønske om samsvar mellom sivil- og straffeprosessen, tvistelovens formål og reglene om ankesum for lagmannsretten som jeg ikke finner det nødvendig å gå inn på. Det er argumentasjonen knyttet til hensynene bak begrunnelseskravet jeg er interessert i. Flertallet mente det ikke forelå konvensjonsforpliktelser til å gjøre endringen, og det forelå heller ikke eksempler fra rettspraksis hvor begrunnelsen var blitt ansett utilstrekkelig.<sup>198</sup> Hensynene bak begrunnelseskravet fikk selvstendig betydning som argument uten å være tilknyttet internasjonale konvensjoner og uten at man hadde eksempler på behov for bedre begrunnelser.

Høyesterett anså seg ikke konvensjonsforpliktet til å gjøre endringen. Ved å bygge på hensyn satte Høyesterett til side en klar lovregel som var ny og et bevisst valg fra lovgiver. Slik jeg ser det, tyr flertallet til en type prinsippargumentasjon hvor hensynene ses som «grunnleggende forutsetninger for en demokratisk rettsstat med evne til å overstyre selv klare lovbestemmelser»<sup>199</sup>. Når hensynene er selvstendige argumenter i denne dommen, er det naturlig å tenke på dem som i noen grad løsrevet fra konvensjonsorganenes praksis også i plenumsdommen, argumenter som kan tilsi et bedre vern enn det konvensjonsorganene krever.

---

<sup>195</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 51

<sup>196</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 51

<sup>197</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 52

<sup>198</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 48

<sup>199</sup> Graver 2006 s. 193

Det er ikke plass til en omfattende omtale av dissensene i saken, men vi kan kort konstatere at dommer Skoghøy, med tilslutning fra Tjomsland, anså begrunnede ankenektelser i sivile saker for å være konvensjonsbeskyttet. Dette fulgte etter Skoghøys mening av at EMDs praksis krever at «realitetsavgjørelser og viktige prosessuelle avgjørelser må begrunnes»<sup>200</sup>. Dommer Endresen fant, med tilslutning fra Stabel, at ankenektelser i sivile saker ikke skulle begrunnes. Avgjørende for ham var at tvisteloven var knappe to år gammel og vedtatt etter nøye utredning. Reglen var uttrykk for et bevisst valg fra lovgiver, og kunne etter hans mening ikke settes til side.<sup>201</sup>

I løpet av et knapt år innførte dermed Høyesterett begrunnelse for ankenektelser i sivile og straffesaker og hevet terskelen for begrunnelse i jurysaker.<sup>202</sup> Sett i sammenheng fremstår disse dommene nærmest som en strategi for å skjerpe kravet til begrunnelse av domstolenes avgjørelser på flere områder. De to første dommene har bakgrunn i konvensjonsorganenes praksis, restauratørsaken og *Taxquet*, men i løpet av kort tid fikk de hensyn avgjørelsene ble ansett i hvile på, betydning som selvstendige argumenter domstolene kan bygge på uavhengig av konvensjonsvern. Dette er hensyn som allerede er til stede i norsk rett, men som tidligere ikke har fått avgjørende betydning fordi de er blitt veid mot andre hensyn. Konvensjonsorganenes praksis kan dermed sies å fristille Høyesterett fra lovgivers avveininger slik at de anser seg berettiget til å foreta egne prioriteringer også i saker hvor konvensjonsvernet ikke gjør seg gjeldende.

### 5.3 Rt. 2009 s. 1439

Vi har sett at Høyesterett hadde krevd begrunnelse i noen straffesaker ut fra konkrete omstendigheter før et generelt begrunnelseskrav ble innført. I november 2009 innførte Høyesterett et lignende unntak fra hovedregelen om at skyldspørsmålet ikke skal begrunnes når det er avgjort med lagrette. Lagmannsrettens dom ble opphevet fordi begrunnelsen ble fun-

---

<sup>200</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 106

<sup>201</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 83

<sup>202</sup> Rt-2008-1764 er fra 19.12.2008, mens Rt-2009-1118 er fra 18.09.2009.



net mangelfull. Dommen var umiddelbart etterpå svært omdiskutert og førte til at justitarius Schei forsvarte den i media.<sup>203</sup>

Saken gjaldt en mann som var domfelt for seksuelle overgrep mot sin mindreårige niece. Tingretten frikjente ham under dissens fordi den måten enkelte av overgrepene angivelig hadde skjedd på, mens fornærmede satt på tiltaltes fang i stuen under et pledd mens det var andre familiemedlemmer til stede, ble funnet «svært lite sannsynlig». Lagretten kjente ham derimot skyldig for overgrepene, og fagdommerne opprettholdt avgjørelsen. Det fremgikk av premissene for straffutmålingen at overgrepene blant annet skjedde «da hun var på besøk der [i tiltaltes hus] ved forskjellige familiesammenkomster»<sup>204</sup>. Høyesterett delte seg i et flertall på fire dommere og et mindretall på én dommer. Jeg behandler først flertallets argumentasjon før jeg kontrasterer den med mindretallets syn.

### 5.3.1 Flertallets votum

Førstvoterende, konstituert dommer Sverdrup som representerte flertallet, tok utgangspunkt i plenumsdommens vurdering at det ikke er i strid med EMK artikkel 6 eller andre menneskerettsforpliktelser at lagretten ikke begrunner sin kjennelse fordi de samme formålene blir tilfredsstillende ivaretatt på annen måte.<sup>205</sup> Hun fremhevet at begrunnelse først og fremst skal gi Høyesterett tilstrekkelig grunnlag til å overprøve dommen, men at begrunnelsen også har til formål at domfelte skal kunne forstå og kontrollere hvorfor han eller hun ble dømt. «Det er særlig dette hensynet til etterprøvbarhet som er bakgrunnen for at det i plenumsdommen legges til grunn at straffeprosessloven § 40 femte ledd må anvendes analogisk for lagmannsrettens bevisvurdering under straffespørsmålet i saker med lagrette»<sup>206</sup>.

#### 5.3.1.1 Flertallets bruk av EMDs praksis

Flertallet tok utgangspunkt i avsnitt 75 og 76 fra plenumsdommen hvor Høyesterett diskuterte analogisk bruk av § 40 femte ledd. I 5.1.7 skrev jeg at Høyesterett baserte seg på juri-

---

<sup>203</sup> Schei 2009

<sup>204</sup> LH-2008-185074

<sup>205</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 24

<sup>206</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 26

disk teori og rettspraksis fra EMD for å komme til dette resultatet. Det var dessuten det eneste stedet i plenumsdommen hvor Høyesterett benyttet EMDs praksis som presedens for å løse et konkret tolkningsspørsmål. Etterprøvingshensynet ble ikke brukt som argument for å foreta endringen i plenumsdommen, men Sverdrup ser tilsynelatende på hensynet som en slags bakenforliggende årsak. Avsnittene Høyesterett siterte fra plenumsdommen inneholder forarbeidenes redegjørelse for de krav som stilles til informasjon om bevisvurderingen og henvisningene til teorien som talte for analogi, mens avsnittene som viser til EMD-praksis ikke ble sitert.

Førstvoterende forsto

det siterte slik at begrunnelseskravet i § 40 femte ledd kommer til anvendelse under straffespørsmålet også når faktorer som har betydning for straffutmålingen knytter seg til selve den straffbare handling. Lagmannsretten skal for eksempel gi en begrunnelse for hvorfor ett av flere handlingsalternativer er valgt, der disse er bundet sammen med «og/eller» i spørsmålene til lagretten. Det samme gjelder ved fastleggingen av den straffbare handlingens omfang, der dette hører inn under straffespørsmålet, slik som i den foreliggende saken. Det har her skjedd en rettsutvikling sett i forhold til avgjørelsen i Rt-2002-1530, hvor en analogisk anvendelse av § 40 femte ledd ble avvist. Fordi omfanget av handlingen også har en side til skyldspørsmålet, berøres dermed den kompetansefordeling som straffeprosessloven bygger på. Jeg forstår imidlertid de siterte avsnitt slik at det i plenumsdommen er tatt et bevisst valg hvor hensynet til at den domfelte og allmennheten skal kunne etterprøve domfellelsen, er satt foran hensynene som taler for et slikt skarpt skille i kompetansefordelingen. Jeg kan ikke se at det følger av avsnitt 75 og 76 at lagmannsretten i sin alminnelighet skal begrunne bevisvurderingen i lagrettens fellende kjennelse i skyldspørsmålet. Men en begrunnelse for skyldvurderingen må gis i de tilfellene hvor dette er nødvendig for å gi den domfelte og allmennheten et tilstrekkelig grunnlag for å etterprøve hvorfor han eller hun er kjent skyldig.<sup>207</sup>

Hensynene som gjør seg gjeldende, har en fremtredende plass. Disse er kompetansefordelingen mellom lagretten og retten og hensynet til etterprøvbarhet. Lovgiver har veid hensynene mot hverandre ved utformingen av reglene. Førstvoterendes argument er her at

---

<sup>207</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 27

den måten Høyesterett har målt hensynene mot hverandre i plenumsdommen, må bli avgjørende og ikke lovgivers avveining. Hensynet til lagrettens anonymitet ble ikke omtalt i plenumsdommen, men jeg er enig i at dommen innebærer en nedprioritering av hensyn som taler for en skarp arbeidsfordeling mellom lagrett og rett.

Flertallet viste ikke til EMDs praksis, men viste to ganger til etterprøvingshensynet. Vi så i 5.1 at Høyesterett tolket et krav om etterprøvbarhet som bakenforliggende i EMDs praksis, og at denne tolkningen kan være farget av litteratur og av de hensyn man i Norge har argumentert med for at avgjørelser bør være begrunnet. I Rt-2009-1118 ble hensynene brukt som selvstendige argumenter av flertallet uavhengig av konvensjonsvernet. Det er derfor ikke klart hva dette hensynet viser til. Flertallet skriver at de tre hensynene var ivare tatt på en tilfredsstillende måte i norsk straffeprosess, og at «kravet til en rettfærdig rettergang [derfor] normalt [vil] være oppfylt i saker behandlet i tråd med straffeprosesslovens krav»<sup>208</sup>. Den sammenhengen som her trekkes mellom at hensynene blir ivaretatt og at rettergangen er rettfærdig, tolker jeg som at etterprøvingshensynet her er en henvisning til de krav EMD stiller til begrunnelse.

For å avklare når begrunnelsen var (u)tilstrekkelig, tolket førstvoterende forarbeidene til § 40 femte ledd, selv om det i forarbeidene var forutsatt at bestemmelsen ikke gjaldt for lagrettsaker. Hun fant at det ofte vil fremgå uttrykkelig eller av sammenhengen hvilke beviser som hadde ført til domfellelse, og at det i en del tilfeller ikke vil være mulig å gi en presis forklaring. I slike tilfeller foreligger ingen begrunnelsesplikt, men «unntaksvis finnes det «et springende punkt» som kan beskrives og forklares, og etter min mening står vi overfor et slikt tilfelle her»<sup>209</sup>.

#### 5.3.1.2 «Et springende punkt»

Det springende punktet var at tingretten fant det usannsynlig at «den faktumbeskrivelse som fornærmedes anmeldelse baserte seg på kunne være riktig, da det ikke ville vært mulig

---

<sup>208</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 24

<sup>209</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 29

å foreta de påståtte handlingene mens familiemedlemmer var til stede i stuen»<sup>210</sup>. Først-voterende mente at «[f]rifinnelsen i tingretten med denne konkrete begrunnelsen skaper, slik jeg ser det, et springende punkt som lagmannsretten ikke redegjør for»<sup>211</sup>. Dette medførte at dommen ikke var etterprøvbart for domfelte eller allmennheten, og sådde tvil om det strafferettslige beviskravet var riktig forstått.<sup>212</sup> Det som gjorde at dommen ikke var etterprøvbart, var spenningen mellom tingrettens begrunnede, frifinnende dom og lagmannsrettens fallende, ubegrunnede dom.

Situasjonen med begrunnet frifinnelse i første instans og ubegrunnet domfellelse i andre instans er sannsynligvis en særnorsk problemstilling fordi EMKs andre medlemsland som benytter jury, gjør det fra førsteinstansen.<sup>213</sup> Dette gjelder for eksempel Belgia og Frankrike. Problemstillingen har ikke vært berørt i EMD. EMD har derimot konstatert krenkelse av artikkel 6 på grunn av utilstrekkelig begrunnelse i et tilfelle med frifinnelse etterfulgt av domfellelse i *Salov*:

The Court is not satisfied with the Government's explanations as to why the applicant was convicted, after his case had been heard for the second time, on the basis of the evidence and indictment as initially submitted by the prosecution and the instructions given by the Presidium of the Donetsk Regional Court, while the evidence presented by the prosecution had not changed, and considers that the District Court's reasons for departing from its previous findings were not sufficiently explained in the judgment.<sup>214</sup>

Det er dermed grunn til å gå ut fra at EMD vil heve begrunnelseskravet på grunn av en tidligere frifinnelse, og at en begrunnet frifinnelse kan skape en diskrepans som må imøtegås i en senere domfellelse. Jeg mener derfor Høyesterett kunne stilt et slikt krav ved å bruke

---

<sup>210</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 31

<sup>211</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 32

<sup>212</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 34

<sup>213</sup> NOU 2011: 13 s. 49-63, *Taxquet (SK)* avsnitt 43-60

<sup>214</sup> *Salov* avsnitt 91

EMDs praksis som rettskilde. Å bygge på etterprøvbarehet som hensyn har her ført til samme resultat.

Om det i den aktuelle saken forelå en så stor diskrepans at EMD ville krevd en mer omfattende begrunnelse kan selvsagt diskuteres, men flertallet i Høyesterett syntes ikke lagmannsrettens dom var etterprøvbar. For å forsvare avgjørelsen, skrev justitiarius Schei i Aftenposten at: «[l]agmannsrettens dom nærmest roper på en forklaring på hvorfor den vurdering som tingretten foretok, er så gal at det tingretten fant «svært lite sannsynlig» nå ikke bare er sannsynlig, men hevet over rimelig tvil»<sup>215</sup>. Jeg bemerker at Schei var blant flertallet i dommen. I innlegget ga han også uttrykk for at straffeprosessloven «må anvendes med de betydelige føringer som følger av internasjonale menneskerettskonvensjoner – som Stortinget har gjort til norsk lov med forrang foran vanlige lovregler»<sup>216</sup>. Dette støtter at henvisningen til etterprøvbarehetshensynet i denne dommen er ment som en henvisning til EMDs praksis.

Hva gjelder etterprøvbareheten i den konkrete saken, kan det trekkes frem at tingrettens dom inneholdt en dissens som ikke ble gjengitt i høyesterettsdommen eller avisinnlegget. Tingrettens mindretall fant det bevist utover rimelig tvil at tiltalte var skyldig, og festet lit til fornærmedes forklaring. Fornærmede hadde

over tid fastholdt sin forklaring og selv om enkeltheter i hennes forklaring er vanskelig å forstå, er mindretallet av den mening at det etter lang tid kan forekomme erindringsforskyvninger i hendelsesforløpet uten at dette svekker troverdigheten. Dette vil særlig gjelde barn. Det sentrale straffbare forhold har ikke endret seg i hennes forklaring.<sup>217</sup>

Som vi ser, er begrunnelsen knyttet til hvordan man tolker troverdigheten i barns forklaringer om overgrep. Holdt opp mot denne begrunnelsen fremstår lagmannsrettens dom

---

<sup>215</sup> Schei 2009

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> Trondenes tingrett 17.10.2008

mindre påfallende. Om EMD ville finne denne dommen tilstrekkelig etterprøvbar, får vi nå aldri svar på.

#### 5.3.1.3 Konsekvenser av manglende etterprøvbarhet

Siden flertallet fant at grunnlaget for domfellelsen ikke var etterprøvbart, var spørsmålet hvilke konsekvenser det skulle få. Flertallet fant at etterprøvingshensynet talte for å oppheve dommen.

Etterprøvbarheten er i det hele et sentralt element i de mekanismer som rettsikkerhetsmessig skal kompensere for den svakhet det er at lagrettens ja på skyldspørsmålet ikke begrunnes. De som domfelles, skal ikke bare vite hva de er domfelt for, men – så langt det er mulig – også hvorfor de er dømt.<sup>218</sup>

Den manglende etterprøvbarheten ble dermed brukt som argument både for at begrunnelsen var utilstrekkelig, og for at det burde føre til opphevelse av dommen. Etterprøvbarhet omtales som en rettsikkerhetsgaranti og knyttes til kompensering av at lagretten ikke begrunner sin avgjørelse, men ikke direkte til EMK eller EMDs praksis. Førstvoterende la også vekt på at den manglende begrunnelsen sådde tvil om beviskravet (rimelig tvil skal komme til tale til gode) var riktig forstått. Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

#### 5.3.2 Mindretallets votum

##### 5.3.2.1 Mindretallets rettskildebruk

Dommen har en lang dissens skrevet av dommer Endresen hvor han argumenterer mot flertallets standpunkt ut fra en mengde rettskilder. Han mente lagmannsrettens begrunnelse var tilstrekkelig. Annenvoterendes kildebruk omfattet lov og forarbeider, rettspraksis fra både Høyesterett og lagmannsrett, juridisk teori og debatten om juryordningen de senere år (etterarbeider). Kildeomfanget er stort.

---

<sup>218</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 37

Utgangspunktet var straffeprosessloven § 40 første ledd som gir uttrykk for at dommer fra lagmannsrett for skyldspørsmålet vedkommende bare skal vise til lagrettens kjennelse. Endresen fant bekreftelse for den klare ordlyden i forarbeidene til to-instansreformen og mente dette var understreket i Rt-2002-1530, samt at hverken juridisk teori, den senere debatt om juryordningen eller plenumsdommen kunne tolkes til inntekt for at skyldspørsmålet skal begrunnes.<sup>219</sup>

Han anførte at hvis Høyesterett skulle fraveket en eksplisitt lovbestemmelse som § 40 første ledd, ville det bare «bli gjort etter en inngående drøftelse og med en klar begrunnelse. Noen slik drøftelse inneholder plenumsdommen ikke»<sup>220</sup>. Han hentet støtte for dette synet i forarbeidene hvor «hensynet til å sikre det enkelte lagrettemedlem anonymitet i forhold til hvilket standpunkt dette medlem tok til skyldspørsmålet, veide tungt ved lovgivers utforming av reglene for lagrettemedlemmers videre involvering»<sup>221</sup>. Lagrettemedlemmene deltar derfor ikke ved behandlingen av sivile krav. Annenvoterende trakk også inn tre kjennelser fra Høyesterett om begrunnelseskrevet i jursaker avsagt etter plenumsdommen, og hele 63 nye saker fra lagmannsrettene hvor retten var satt med lagrette, til støtte for sitt syn.

For mindretallet ser problemstillingen ut til å dreie seg om hvorvidt man kan kreve begrunnelse for forhold som gjelder skyldspørsmålet. Flertallet forsto plenumsdommen slik at «begrunnelseskrevet i § 40 femte ledd kommer til anvendelse under straffespørsmålet også når faktorer som har betydning for straffutmålingen knytter seg til selve den straffbare handling»<sup>222</sup>. Skoghøy tolket plenumsdommen slik i en leder i *Lov og rett* at det bør redegjøres for bevisvurderingen under skyldspørsmålet, og Endresen mente enkelte lagmannsretter fulgte opp hans syn etter at det ble kjent. Endresen oppfattet flertallets syn som tett opp til Skoghøys. «Tilnærmingen bryter etter mitt syn så vidt fundamentalt med den gjeldende rettergangsordning at det utvidede begrunnelseskrev ikke kan anvendes uten å rokke

---

<sup>219</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 41-46

<sup>220</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 49

<sup>221</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 50

<sup>222</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 27

ved den kompetansefordeling som er grunnlaget for juryordningen»<sup>223</sup>. Flertallet fant at hensynet til en klar kompetansefordeling mellom lagrett og rett måtte vike for hensynet til etterprøvbarehet. Mindretallet var ikke enig. Endresen dissenterte for øvrig også i Rt-2009-1118.

#### 5.3.2.2 Mindretallets bruk av hensyn og forhold til EMDs praksis

Mindretallsvotumet la vekt på to andre hensyn enn etterprøvingshensynet: hensynet til lagrettens anonymitet som ut fra forarbeidene ble sett som et underliggende premiss for straffeprosessloven, og hensynet til en klar kompetansefordeling mellom lagrett og rett som ble sett som grunnlaget for juryordningen. Dette er hensynene begrunnelseskravet er blitt målt mot av lovgiver, og som har begrunnet de reglene vi har, se kapittel 4. Jeg tolker mindretallet slik at han mener lovgivers avveining begrenser domstolenes mulighet til å drive rettsutvikling ut fra andre hensyn.

Mindretallets votum synes basert på større lojalitet til lovgiver enn flertallets syn. Dette kommer til syne i vekten som ble lagt på ordlyden i straffeprosessloven § 40 første ledd (som flertallet ikke siterte), fokuset på hensyn som straffeprosessloven ble ansett å hvile på, lovgivers avveining og utsagnene om at juryordningen har vært debattert og den manglende begrunnelsen har blitt kritisert i denne debatten uten at dette har ført til noen endringer i rettergangsordningen.<sup>224</sup> Lovgiverviljen ble sett som grense for rettsanvendelsesskjønnet.<sup>225</sup> Det kan også ses i sammenheng med uttalelsene i Bøhlerdommen om at lovgivers vurdering kan tillegges betydning når det er snakk om å veie hensyn mot hverandre.

Selv om lovgivers avveining var avgjørende for annenvoterendes syn i denne saken, anså han at EMDs krav til begrunnelse kan få gjennomslag i norsk rett. Han bemerket at det kan drøftes om fagdommernes beslutning om ikke å sette kjennelsen til side er en avgjørelse av en slik betydning at det etter omstendighetene kan følge et begrunnelseskrav av EMK

---

<sup>223</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 59

<sup>224</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 44

<sup>225</sup> Sæther Mæhle 2005



artikkel 6.<sup>226</sup> Avgjørelsen han sikter til er fagdommernes beslutning om å opprettholde lagrettens kjennelse. Hensynet til kompetansefordelingen mellom lagretten og retten sperrer ikke for at fagdommerne begrunner sin beslutning.

#### 5.3.2.3 Konkret vurdering av etterprøvbarmheten

Mindretallet mente lagmannsrettens domspremisser om bevisvurderingen under straffespørsmålet ga tilstrekkelig informasjon i den konkrete saken.<sup>227</sup> Til støtte for dette påpekte han at domfellelsen ble støttet av flere bevis enn fornærmedes forklaring. For det første var tiltalte domfelt for utuktig omgang med fornærmedes søster. For det andre var fornærmede undersøkt ved Rettsmedisinsk institutt som fant ganske sikre tegn på inntrenging i skjeden av noe som var større enn åpningen i diameter, hvilket kan ha oppstått ved samleie eller fingring i kjønnsorganet. (Tiltalen omfattet også voldtekt av fornærmede, men lagretten frikjente tiltalte på det punktet.)

Hendelsene fornærmede forklarte seg om, lå langt tilbake i tid, og hun var et lite barn på det tidspunkt overgrepene angivelig skjedde. Endresen mente det ikke var holdepunkter i lagmannsrettens dom for at de hadde lagt til grunn at overgrepene skjedde med andre personer til stede og fant det «heller ikke så oppsiktsvekkende som førstvoterende, at fornærmede har knyttet slike hendelser også til situasjoner der hun har sittet på tiltaltes fang i andres nærvær»<sup>228</sup>. Siden det fremgikk av lagmannsrettens dom hva som var funnet bevist og domfelte kjente de relevante bevisene i saken, mente mindretallet at kravet til etterprøvbarmhet var tilstrekkelig oppfylt.<sup>229</sup>

Han fryktet heller ikke at det var benyttet feil beviskrav siden den ankende part ikke hadde hevdet at det forelå feil ved rettsbelæringen, og lagmannsrettens drøftelse under straffespørsmålet ble innledet ved å fastslå at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode,

---

<sup>226</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 60

<sup>227</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 60

<sup>228</sup> Rt-2009-1439 Avsnitt 64

<sup>229</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 62-65

også når omfanget av det straffbare forholdet skal bestemmes.<sup>230</sup> Begrunnelsen sammenfaller i store trekk med mindretallet i tingretten som ikke stilte samme krav til konsistens i forklaringen til et barn som forklarer seg om hendelser som ligger langt tilbake i tid.

Flertallet og mindretallet gir begge uttrykk for at domstolene kan stille mer omfattende krav om begrunnelse enn det som følger av straffeprosessloven ut fra et krav om etterprøvbarhet. De var derimot uenige i om etterprøvbarheten var tilstrekkelig i den aktuelle saken, og om hva som skulle bli konsekvensen hvis den ikke var det. Mindretallet vektla hvordan lovgiver har veid hensyn mot hverandre og mente at fagdommerne kan måtte begrunne hvorfor de ikke setter kjennelsen til side. Flertallet så formodentlig for seg at begrunnelsen skulle utformes i forbindelse med straffutmålingen. Hvem som skulle foreta begrunnelsen, ble gjenstand for prøving noen måneder senere.

#### **5.4 Rt. 2010 s. 865**

I denne saken hadde lagmannsretten vært i tvil om det burde gis en begrunnelse, men begrunnet dommen fordi konsekvensene av å utelate en begrunnelse som skulle vært gitt, ble ansett større enn konsekvensene av å begrunne unødig.<sup>231</sup> Anførselen for Høyesterett var at begrunnelsen ikke var tilstrekkelig fordi den var gitt av fagdommerne og ikke av retten, samme løsning som Endresen så for seg. Høyesterett tok først stilling til om det forelå begrunnelsesplikt i saken og deretter hvem som skal begrunne når det er påkrevd. Også i denne saken delte Høyesterett seg i et flertall på fire og et mindretall på en dommer.

##### **5.4.1 Flertallets vurdering**

###### **5.4.1.1 Når er begrunnelse påkrevd?**

Dommer Webster som uttalte seg på vegne av flertallet, trakk først opp retningslinjer for når det foreligger begrunnelsesplikt. Hun tok utgangspunkt i straffeprosessloven § 40 første ledd som angir at domsgrunnene for skyldspørsmålets vedkommende bare skal inneholde en henvisning til lagmannsrettens kjennelse, og fortsatte med at det foreligger et domstol-

---

<sup>230</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 67

<sup>231</sup> Rt-2010-865 avsnitt 5

skapt unntak. Kriteriene for når en slik begrunnelsesplikt forelå ble avgjort ut fra denne praksisen, det vil si plenumsdommen, samt Rt-2009-1439 og Rt-2009-1526. I den siste dommen ble det ikke funnet nødvendig med en begrunnelse, men like fullt forutsatt at begrunnelsesplikt kan foreligge i enkelte saker.<sup>232</sup>

Høyesterett oppstilte kravet om begrunnelse som en snever unntaksregel som bare kommer til anvendelse når det foreligger et konkret behov for begrunnelse fordi sentrale deler av bevisvurderingen blir stående uforklart. Dette vil oftest være når tiltalte er frikjent i tingretten og dømt i lagmannsretten. Det er ikke behov for begrunnelse hvis det fremgår hvilke bevis som har vært avgjørende for skyldspørsmålet, enten uttrykkelig eller ut fra sammenhengen. Det kan være behov for begrunnelse når tiltalte er dømt i to instanser hvis tingrettens dom gir en mangelfull begrunnelse og etterlater et særlig punkt som må forklares.<sup>233</sup> Førstvoterende omtalte lagmannsrettsdommen i Rt-2009-1439 som at den «nærmest «ropte på» en forklaring», et uttrykk som ikke ble brukt i dommen, men stammer fra Scheis forsvar for avgjørelsen i Aftenposten.

Flertallet innledet med at det å ivareta hensynene bak begrunnelseskravet er en forutsetning for at avgjørelser skal være tilstrekkelig begrunnet etter EMK og SP, men konvensjonsorganenes praksis spilte ingen rolle for hvilke krav som ble stilt til etterprøvnbarhet. Det ble klarlagt ved å sitere fra og tolke Høyesteretts egen praksis. Høyesterett fant for øvrig at begrunnelse ikke var nødvendig i den aktuelle saken.<sup>234</sup>

#### 5.4.1.2 Hvem skal begrunne?

Når det ikke var nødvendig å begrunne, kunne det heller ikke være en feil at det var fagdommerne som hadde begrunnet avgjørelsen. Høyesterett valgte likevel å ta stilling til hvem som skulle begrunne når begrunnelsesplikt foreligger. Agder og Borgarting lagmannsrett hadde her utviklet forskjellig praksis: i Agder ble begrunnelsen foretatt av fagdommerne alene, mens Borgarting lot begrunnelsen utformes av de samme som foretok

---

<sup>232</sup> Rt-2010-865 avsnitt 11-12

<sup>233</sup> Rt-2010-865 avsnitt 22-23

<sup>234</sup> Rt-2010-865 avsnitt 24-25

straffutmålingen, de tre fagdommerne samt fire av lagrettemedlemmene.<sup>235</sup> Flertallet fant at det ikke var en saksbehandlingsfeil at begrunnelsen var gitt av fagdommerne alene.

Webster mente tidligere praksis hadde fokusert på om det skulle foretas en begrunnelse, ikke hvem som i tilfelle skulle utforme den, og at praksisen ikke ga noe svar på hvem som skulle begrunne. Som jeg skrev i 5.3, forutsatte Endresen i Rt-2009-1439 at flertallet ønsket at fagdommerne og de fire leddommerne som avgjør straffutmålingen, skal foreta den begrunnelsen som etterlyses, mens han selv mente fagdommerne ved manglende etterprøvnbarhet burde begrunne beslutningen om ikke å sette lagrettens kjennelse til side.<sup>236</sup> Dette støttes av Scheis avisinnlegg: «Høyesteretts krav til begrunnelse er til den etterfølgende dom i lagmannsretten som utformes av de tre fagdommerne og de fire lagrettemedlemmene som etter vår prosessordning tar del i straffutmålingen»<sup>237</sup>. Man kunne derfor sluttet at begrunnelsen skal utformes av de samme som foretar straffutmålingen selv om spørsmålet ikke ble drøftet eksplisitt i tidligere praksis.

Lovens system og kompetansefordelingen loven fastlegger ble trukket inn som momenter. Skyldspørsmålet er i utgangspunktet lagrettens domene, med det unntaket at fagdommerne kan sette kjennelsen til side (hvilket de etter plenumsdommen *må* hvis de finner at det er rimelig tvil om tiltalte er skyldig). Den avgjørelsen treffes ved beslutning, og selv om det ikke kreves at beslutninger begrunnes, er det ikke en saksbehandlingsfeil om de er det. Webster mente derfor at det ikke var noe i veien for at fagdommerne utformer begrunnelsen.

Det andre vurderingstemaet var om en begrunnelse fra fagdommerne var «tilstrekkelig til å ivareta hensynet til etterprøvnbarhet som ligger bak det snevre unntaket om begrunnelsesplikt»<sup>238</sup>. Dette ble funnet tilfredsstillende. Førstvoterende kunne «ikke forstå annet enn at hvis fagdommerne – når det foreligger begrunnelsesplikt – redegjør for sin bevisvurdering etter § 376 c, vil det på tilfredsstillende måte kunne forklare bevisresultatet

---

<sup>235</sup> Nygard 2010

<sup>236</sup> Rt-2009-1439 avsnitt 60

<sup>237</sup> Schei 2009

<sup>238</sup> Rt-2010-865 avsnitt 36

i saken»<sup>239</sup>. Det ble ikke gitt noen mer utfyllende forklaring på hvorfor etterprøvbarheten ble ansett tilstrekkelig.

For det tredje ble konsekvensvurderinger trukket frem: fordi skyldspørsmålet avgjøres av lagretten, unngår man at fagdommerne og fire lagrettemedlemmer må «konstruere» en begrunnelse ved straffutmålingen. Dessuten risikerte man ikke å komme på kant med «straffeprosesslovens prinsipp om at lagrettemedlemmenes stemmegivning skal være anonym»<sup>240</sup>. Løsningen ble også funnet å gi større sikkerhet for at fagdommerne foretar en samvittighetsfull og reell prøving av om lagrettens kjennelse skal tilsidesettes.<sup>241</sup>

Foruten at etterprøvbarheten ble ansett tilstrekkelig, ble den valgte løsningen funnet å harmonere med to andre hensyn: for det første hensynet til lagrettens anonymitet, som ble omtalt som et prinsipp. Det ble også trukket frem av mindretallet i Rt-2009-1439 og er et hensyn som har vært viktig ved utforming av reglene i straffeprosessloven. Man slapp da å komme på kant med et hensyn som var viktig for lovgiver. For det andre ble løsningen ansett å fremme en samvittighetsfull og reell prøving, slik at to av hensynene bak begrunnelseskravet ble bedre ivaretatt.

#### 5.4.2 Mindretallet

I motsetning til flertallet mente dommer Tønder det fulgte av plenumsdommen at begrunnelsen skulle gis av fagdommerne og de fire lagrettemedlemmer som foretar straffutmålingen.

Dette følger etter min mening av den sammenheng behandlingen er gjort i, nemlig som del av den «mekanisme» for sikring av etterprøvbarheten som følger av kravene til den begrunnelse som skal gis for straffutmålingen. Når begrunnelsen for bevisvurderingen skal skje som ledd i lagmannsrettens begrunnelse for straffutmålingen, må denne gis av fagdommerne og de fire lagrettemedlemmene i fellesskap.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Rt-2010-865 avsnitt 36

<sup>240</sup> Rt-2010-865 avsnitt 39

<sup>241</sup> Rt-2010-865 avsnitt 42

<sup>242</sup> Rt-2010-865 avsnitt 52

Mindretallet vurderte også de reelle hensyn annerledes enn førstvoterende: Selv om det kan være vanskelig for lagrettemedlemmer å begrunne skyldspørsmålet hvis de har stemt for frifinnelse, vil det være like utfordrende for et slikt medlem å bidra til faktumbeskrivelse og straffutmåling. Når man forventer at lagrettemedlemmer «nullstiller» seg før de deltar i straffutmålingen, bør man kunne forvente det samme hvis de skal være med og begrunne. Det bør være klart for alle rettens medlemmer hva som har talt for og mot skyld, og skulle dette være uklart, må det antas nærliggende at fagdommerne vil sette kjennelsen til side.<sup>243</sup>

Mindretallets valg av løsning er, i likhet med flertallet, i utgangspunktet et spørsmål om hvordan Høyesteretts egen praksis skal tolkes, hvilket de var uenige om. Begge vurderte om løsningen de mente fulgte av praksis utfordret hensynet til lagrettens anonymitet og var uenige om hvilken løsning som best ivaretok hensynet. Begge vota bar preg av at hensyn ble veid mot hverandre, mens fokuset i plenumsdommen lå på om hensynene som talte for begrunnelse, var tilstrekkelig ivaretatt.

## 5.5 Et apropos om senere utvikling

Høyesterett har ikke videreutviklet kravet til begrunnelse i jurysaker etter 2010.<sup>244</sup> Samme år ble det satt ned et lovutvalg som skulle vurdere om juryen skulle videreføres, og i så fall i hvilken form. Juryutvalget avleverte sin utredning 17. juni 2011. Det var uenighet i utvalget om juryen burde videreføres, eller om man i stedet skulle gå inn for en stor meddomsrett. Hele utvalget mente derimot at skyldspørsmålet for fremtiden burde være begrunnet.<sup>245</sup>

Utredningen ble sendt på høring, og Høyesterett uttalte seg 7. februar 2012. Høyesterett fant innledningsvis at de ikke burde konkludere i spørsmålet om meddomsrett eller juryordning er å foretrekke. De foreslåtte endringer ville uansett medføre en betydelig forbedring i rettssikkerheten fordi begge modeller la opp til at avgjørelsene skulle være be-

---

<sup>243</sup> Rt-2010-865 avsnitt 55-56

<sup>244</sup> En lagmannsrettsdom til er derimot funnet utilstrekkelig begrunnet, se Rt-2010-641.

<sup>245</sup> NOU 2011: 13 kapittel 10

grunnet. For å underbygge dette poenget, viste de til sin høringsuttalelse fra 2006 hvor de omtalte det som betenkelig at skyldspørsmålet ikke begrunnes i de mest alvorlige straffesakene.

Til tross for denne tilsynelatende uvilje mot å ta standpunkt mellom meddomsrett og jury, beskrev Høyesterett forslagene som forskjellige på et «vesentlig punkt»: i meddomsrettssaker utformes begrunnelsen før domsavsigelsen mens den foreslåtte juryordningen innebærer at begrunnelsen blir utformet etterpå. «All dommererfaring tilsier at gjennomtenkte avgjørelser best sikres når begrunnelsen må utformes *før* voteringen finner sted»<sup>246</sup>, uttalte Høyesterett og mente dermed at forslaget fra meddomsrettsfraksjonen var best egnet til å sikre en reell og samvittighetsfull overprøving. Høyesterett etterlot med dette liten tvil om hvilken ordning de selv ville foretrekke. Hensynene bak begrunnelseskravet var sentrale i resonnementet. Høyesterett viser her at de ikke bare ser på begrunnelse som en prosessuell rettighet, men at det å utforme en begrunnelse virker inn på selve vurderingen og dermed fører til materielt sett bedre avgjørelser.

Det har foreløpig ikke blitt vedtatt nye lovregler om begrunnelse i jursaker. Det er Høyesteretts domstolskapte rettstilstand som gjelder i dag. Ved ankesiling er retten til begrunnede avgjørelser, i likhet med begrunnelse av ankenektelser i straffesaker, blitt lovfestet i tvisteloven § 29-13 ved endringslov av 10. desember 2010.

---

<sup>246</sup> Høringsuttalelse 2012

## 6 Taxquet mot Belgia (storkammer)

### 6.1 Innledning

Mens Høyesterett tok stilling til hva som var tilstrekkelig begrunnelse, ventet *Taxquet* på storkammerbehandling i EMD. I november 2010 tok EMD stilling til saken. Jeg behandler argumentasjonen i dommen i dette kapittelet. Målet er å vise på hvilke måter den skiller seg fra kammerdommen som Høyesterett bygget på, og å sammenligne med Høyesteretts vurdering. Kapittelet åpner med medlemslandenes anførsler og slutter med dommer Jebens' særvotum i saken. De peker begge mot mer overordnede problemstillinger som *Taxquet* reiser.

### 6.2 Medlemslandenes anførsler

Storbritannia, Irland og Frankrike intervenerte i storkammerbehandlingen. Det var dermed fire medlemsland som kom med anførsler. Argumentene kan grupperes i tre kategorier. En første kategori er argumenter som fremhevet andre hensyn som gjør seg gjeldende i jury saker og som kan tilsi et lavere begrunnelseskrav enn i andre rettsavgjørelser. For det andre ble det fremført argumenter om at EMD ikke kunne mene noe om medlemslandenes valg av prosessform, og at det begrenset EMDs kompetanse i saken. For det tredje argumenterte noen med at mangelen på begrunnelse ble kompensert i prosessen for øvrig.

De prinsippene som ble trukket frem for å tilsi et lavere begrunnelseskrav i jury sakene, hvilket både Belgia og Irland hevdet, var at bruk av jury i seg selv fører til avgjørelser med høy legitimitet fordi juryen utgår fra folket.<sup>247</sup> Irland fremholdt at manglende begrunnelse er tett knyttet til hemmelighold av juryens drøfting av skyldspørsmålet.<sup>248</sup> Etter Frankrikes syn støtte begrunnede assises-dommer an mot tre essensielle prinsipper for

---

<sup>247</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 67, 76

<sup>248</sup> *Ibid.* avsnitt 79



straffesaksbehandling som er avledet av bruken av legfolk: muntlighet, en uavbrutt rettsfølging og den indre overbevisning.<sup>249</sup>

Argumenter om at EMDs kompetanse var begrenset, var enda flere. Irland og Frankrike fremholdt at bruken av jury er gammel, mye eldre enn EMK, og tett forbundet med rettskulturen til de land som benytter den. Det måtte derfor være en forutsetning ved vedtakelsen at juryordningen ikke stred mot EMK.<sup>250</sup> I tillegg er prosessen svært ulik i medlemslandene, og juryen fungerer forskjellig der. Frankrike argumenterte derfor mot at EMD bør utvide sin kompetanse til å harmonisere medlemsstatenes nasjonale rett. Dette ville underminere demokratiets funksjon og kunne svekke legitimiteten til EMDs avgjørelser og menneskerettigheter generelt.<sup>251</sup> Belgia uttalte at det ikke er EMDs oppgave å uttale seg om hvordan lovgivningen bør utformes eller å harmonisere medlemslandenes rett, kun å prøve om de er innenfor rammene som EMK setter. EMD skal heller ikke være en tredje eller fjerde ankeinstans.<sup>252</sup> Belgia og Storbritannia fremhevet at EMD i tidligere praksis hadde funnet at ubegrunnede juryavgjørelser ikke i seg selv stred mot artikkel 6.<sup>253</sup>

Argumenter om at manglende begrunnelse blir kompensert ellers i prosessen var spesielt fremtredende i Irland og Storbritannias argumentasjon. De mente spørsmålene må vurderes i den sammenheng de fremgår i, og fremhevet at i deres prosess oppsummerer rettens leder saken for juryen og forklarer rettsreglene og det resonnement juryen må følge for å kunne svare ja på skyldspørsmålet. Juryen debatterer for lukkede dører, men kan be om ytterligere forklaringer ved behov.<sup>254</sup> Argumentene om at den manglende begrunnelsen kompenseres i prosessen for øvrig har godt sammenfall med den strategi Høyesterett brukte for å vurdere om norske begrunnelser var tilstrekkelige i Rt-2009-750. Høyesterett brukte tre hensyn som målestokk for om sikkerhetsgarantiene var tilstrekkelige, hvilket Storbri-

---

<sup>249</sup> Ibid. avsnitt 80

<sup>250</sup> Ibid. avsnitt 78, 82

<sup>251</sup> Ibid. avsnitt 82

<sup>252</sup> Ibid. avsnitt 67

<sup>253</sup> Ibid. avsnitt 69, 71

<sup>254</sup> Ibid. avsnitt 74-75, 77-78

tannia og Irland ikke gjorde. Belgia anførte at vilkårlige avgjørelser ble hindret av reglene om juryens sammensetning. Fordi tiltalte også fikk informasjon gjennom tiltalen og hovedforhandlingen hvor bevisene ble debattert, kunne han ikke hevde at han ikke visste hvorfor han ble dømt.<sup>255</sup>

De argumenter som her ble gjort gjeldende, viser til to problemer. For det første: hvordan veier vi andre hensyn som ønsket om legfolkdeltagelse og hensynet til juryens anonymitet mot begrunnelseskravet? Dette er spørsmål som også har preget den norske debatten om juryordningen. For det andre: hvor går grensene for domstolenes kompetanse i et slikt spørsmål? Med andre ord: hvilke avveininger er forbeholdt en (demokratisk valgt) lovgiver? Dette gjelder EMDs kontroll med medlemslandenes lovgivning, men lignende spørsmål gjør seg gjeldende hva angår hvor langt Høyesteretts kontroll med lovgivningen strekker seg (selv om grensene for kontrollen vil trekkes opp ut fra andre regler). Hvorvidt man har stått overfor en lovgiveroppgave som begrenser domstolenes kompetanse, har vært opphav til flere dissenser i Høyesterett.<sup>256</sup>

### 6.3 Storkammerets vurdering

I forkant av storkammerbehandlingen innhentet EMD informasjon om bruk av legfolk i medlemslandenes straffeprosess. Variasjonen er stor: noen benytter kun fagdommere, noen benytter en eller annen form for meddomsrett, og noen benytter en mer tradisjonell jury. Hovedregelen blant de som benytter jury, er at den ikke begrunner sin avgjørelse.<sup>257</sup> EMD ga klart uttrykk for at domstolen ikke skal standardisere prosessordningene, og at medlemslandene fritt kan velge prosessform så lenge prosessen anerkjenner EMKs prinsipper. Ved behandling av individuelle klager skal EMD ikke foreta abstrakt prøving av prosesslovgivningen, men undersøke om den valgte ordningen, etter en helhetsvurdering, har ført til en

---

<sup>255</sup> Ibid. avsnitt 70

<sup>256</sup> Arnesen/Stenvik 2009 s. 143-144

<sup>257</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 43-56

rettferdig rettergang ut fra «les circonstances spécifiques de l'affaire, [...] sa nature et [...] sa complexité»<sup>258</sup>.

Storkammeret ga uttrykk for at det er et legitimt hensyn å inkludere legfolk i strafferettspleien, og at den ikke er imot bruk av jury.<sup>259</sup> Det er verdt å minne om at det ble ansett usikkert om EMD mente det var i strid med EMK å bruke jury før storkammeavgjørelsen. Klager hadde anført at saken var så komplisert faktisk og juridisk at det var vanskelig for legfolk å ta stilling til skyldspørsmålet.<sup>260</sup> EMD godtok ikke det argumentet. Bratza skriver at det at flere medlemsstater intervenerte for å forklare hvordan jurysystemet fungerer og hvorfor det er viktig for dem, ga EMD et godt utgangspunkt for å forstå mulige konsekvenser av dommen.<sup>261</sup>

### 6.3.1 Tolking av EMDs tidligere praksis

Begge Taxquetdommene og plenumsdommen tok utgangspunkt i EMDs tidligere praksis for å klargjøre hvilke krav artikkel 6 stiller til begrunnelse i jursaker. Kammeret redegjorde for vurderingen i *Zarouali* og *Papon*. Høyesterett redegjorde for praksisrekken *R. mot Belgia*, *Zarouali*, *Papon*, *Goktepe* og *Taxquet*. Storkammeret omtalte alle disse, viste til *Planka* og omtalte i tillegg *Bellerín Lagares* og *Saric*. Storkammeravgjørelsen er den eneste som viser til EMDs praksis om ubegrunnede juryavgjørelser i andre rettssystemer enn det belgiske og det nært beslektede franske. Jeg minner om at i *Bellerín Lagares*, hvor begrunnelsen ble funnet tilstrekkelig, inneholdt dommen en oversikt over det faktum som var funnet bevist, en subsumsjon på faktumet og hva som var blitt lagt vekt på ved straffutmålingen. I *Saric* slo EMD fast at det at skyldspørsmålet er avgjort ved ubegrunnet jurykjennelse ikke i seg selv er i strid med EMK.<sup>262</sup>

EMD oppsummerte rettstilstanden slik:

---

<sup>258</sup> Ibid. avsnitt 84

<sup>259</sup> Ibid. avsnitt 84

<sup>260</sup> Ibid. avsnitt 64

<sup>261</sup> Bratza 2011 s. 510-511

<sup>262</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 87 og 89

Il ressort de la jurisprudence précitée que la Convention ne requiert pas que les jurés donnent les raisons pour leur décision et que l'article 6 ne s'oppose pas à ce qu'un accusé soit jugé par un jury populaire même dans le cas où son verdict n'est pas motivé. Il n'en demeure pas moins que pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire. Or, comme la Cour l'a déjà souvent souligné, la prééminence du droit et la lutte contre l'arbitraire sont des principes qui sous-tendent la Convention [...] Dans le domaine de la justice, ces principes servent à asseoir la confiance de l'opinion publique dans une justice objective et transparente, l'un des fondements de toute société démocratique.<sup>263</sup>

Det er mange hensyn som ivaretas i dette avsnittet: tiltalte og offentligheten skal kunne forstå den avsagte dommen. Dette er en essensiell garanti mot vilkårlighet. Rettsstatsprinsipper og det å unngå vilkårlige avgjørelser, prinsipper EMK hviler på, skal sikre offentlighetens tillit i et objektivt og gjennomiktig rettsvesen.<sup>264</sup>

Storkammeret baserte de kravene de stilte om begrunnelse på tidligere praksis. I motsetning til kammeret påberopte storkammeret seg ingen rettsutvikling. Vurderingen i *Saric*, at det ikke var i strid med EMK å ha ubegrunnede juryavgjørelser, ble opprettholdt. Dette stemmer med både min og Høyesteretts tolkning av kammeravgjørelsen, men ble ikke sagt eksplisitt i den.

I det videre trakk storkammeret et tydelig skille mellom saker som avgjøres av fagdommere og saker som avgjøres med jury. Et slikt skille ble ikke trukket av kammeret, som prøvde saken uten først å lage klare retningslinjer for prøvingen. I avgjørelser fattet av fagdommere fant storkammeret at domfelte først og fremst bør forstå dommen gjennom begrunnelsen som gis. Avgjørelsen må være tilstrekkelig klar om hvorfor utfallet ble som det ble. Begrunnelsen skal også vise partene at de er blitt hørt og slik bidra til aksept av dommen, tvinge dommeren til å ta sin avgjørelse basert på objektive argumenter, samt sikre

---

<sup>263</sup> Ibid. avsnitt 90

<sup>264</sup> La prééminence du droit, på engelsk rule of law, er nevnt i preambelen til EMK. Jeg har her oversatt det med rettsstatsprinsipper, men har også sett det oversatt med rettsikkerhet.

muligheten til kontradiksjon. Begrunnelsespliktenes rekkevidde vil variere med hva slags avgjørelse det dreier seg om og må ses i lys av sakens omstendigheter. Det må fremgå at de sentrale spørsmålene i saken er blitt behandlet.<sup>265</sup>

I straffesaker med bruk av jury, fant EMD at kravene må tilpasses prosessen hvor det vanligste er at juryen ikke skal eller kan begrunne sin avgjørelse. Artikkel 6

exige de rechercher si l'accusé a pu bénéficier des garanties suffisantes de nature à écarter tout risque d'arbitraire et à lui permettre de comprendre les raisons de sa condamnation (paragraphe 90 ci-dessus). Ces garanties procédurales peuvent consister par exemple en des instructions ou éclaircissements donnés par le président de la cour d'assises aux jurés quant aux problèmes juridiques posés ou aux éléments de preuve produits (voir paragraphes 43 et suivants ci-dessus), et en des questions précises, non équivoques soumises au jury par ce magistrat, de nature à former une trame apte à servir de fondement au verdict ou à compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury (voir Papon c. France, précité). Enfin, doit être prise en compte, lorsqu'elle existe, la possibilité pour l'accusé d'exercer des voies de recours.<sup>266</sup>

I motsetning til kammeret, uttalte storkammeret at manglende begrunnelse kunne veies opp i prosessen for øvrig. Det ble gitt to eksempler på surrogatgarantier. For det første at juryen får veiledning av rettens leder. Noe lignende er ikke nevnt i kammeravgjørelsen. Storkammeret viste til avsnitt 43 følgende, som er der storkammeret redegjør for medlemslandenes ulike prosessordninger. Det andre eksempelet på surrogatgarantier var presise spørsmål som kunne utgjøre grunnlag for å forstå domfellelsen. Dette samsvarer med at kammeret fant at korte svar på vage spørsmål kunne gi tiltalte inntrykk av et vilkårlig rettsvesen.<sup>267</sup> Jeg sammenligner kravene med Høyesteretts vurdering i 6.3.3.

---

<sup>265</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 91

<sup>266</sup> *Ibid.* avsnitt 92

<sup>267</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 48

### 6.3.2 Prøving av begrunnelsen

Prøvingen av begrunnelsen Taxquet hadde fått, ble i likhet med i kammeravgjørelsen foretatt svært konkret. EMD fant at hverken tiltalen eller spørsmålene til juryen ga Taxquet tilstrekkelig informasjon om hvorfor han ble dømt. Tiltalen inneholdt en kronologisk oversikt over etterforskning foretatt av politi og domstol, og de mange og motstridende forklaringene fra de tiltalte. Den utpekte de forbrytelser Taxquet var anklaget for, men ikke hvilke bevis som talte mot ham. Kammeret omtalte ikke tiltalen, slik at prøvingen av saken i storkammeravgjørelsen var enda mer konkret.

Spørsmålene, fire av dem gjaldt Taxquet, var like for alle de tiltalte og viste ikke til noen konkret omstendighet som kunne gjort ham i stand til å forstå domfellelsen. EMD mente saken skilte seg fra *Papon* hvor det var stilt 768 spørsmål, samt gitt en beskrivelse av det faktum som var funnet bevist og av de straffebudene som var funnet overtrådt. Storkammeret la med andre ord til grunn at faktum i sakene var forskjellig, ikke at kravet til begrunnelse var høyere i *Taxquet*. Tiltalen og spørsmålene ga hverken hver for seg eller samlet svar på hvilke bevis og faktiske omstendigheter av de som var omtalt under rettssaken, som hadde ført til at juryen besvarte alle fire spørsmålene med ja.<sup>268</sup>

Når tiltalen og spørsmålene til juryen ga så lite informasjon, kunne Taxquet ikke forstå hvordan de forskjellige tiltalte var involvert i saken, hvilken rolle han hadde spilt sammenlignet med sine medtiltalte, hvilke bevis som førte til at to medtiltalte ble ansett mindre aktive og fikk lavere straff, hvorfor han ble dømt for *assassinat* og ikke *meurtre* (to ulike kvalifikasjoner for drap), og hvorfor han ble dømt for overlagt drap. Mangelen var ekstra problematisk fordi saken var komplisert faktisk og juridisk, og fordi rettssaken hadde vart over to måneder, og det var ført mange vitner og sakkyndige. EMD understreket at presise spørsmål til juryen er helt nødvendig for å forstå en domfellelse, og at spørsmålene må være individualiserte i saker hvor det er flere tiltalte.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 95-97

<sup>269</sup> *Ibid.* avsnitt 97-98

Fordi det i belgisk prosess bare kan ankes over det juridiske, fant EMD at den utilstrekkelige begrunnelsen ikke kunne repareres i ankeomgangen.<sup>270</sup> Dette utsagnet er svært annerledes enn i kammeravgjørelsen hvor EMD fant at den manglende begrunnelsen hindret ankeinstansen i å finne feil eller motsigelser i begrunnelsen.<sup>271</sup> Mens kammeret tilsynelatende så på begrunnelsen som en forutsetning for ankedomstolens prøving, ser storkammeret ut til å betrakte ankeomgangen som en mulighet til å reparere en mangelfull begrunnelse.

EMD konstaterte også krenkelse av artikkel 6 på grunn av det anonyme vitnet som Taxquet ikke hadde fått krysseksaminere. Storkammeret fant dette så tett knyttet til den manglende begrunnelsen at det ikke ble foretatt noen selvstendig prøving av spørsmålet.<sup>272</sup> I kammeret fikk dette en selvstendig behandling som var omtrent like lang som behandlingen av at dommen var ubegrunnet.<sup>273</sup>

### 6.3.3 Sammenligning med Høyesterett

Storkammeravgjørelsen la til grunn at manglende begrunnelse i jursaker kan veies opp av surrogatgarantier i prosessen for øvrig. I plenumsdommen la Høyesterett opp til det samme. Begge domstolene fant at hva som var tilstrekkelig begrunnelse måtte vurderes ut fra overordnede hensyn. Storkammeret uttalte at garantiene skal hindre vilkårlige avgjørelser og gjøre tiltalte i stand til å forstå hvorfor han ble dømt. Høyesterett mente den manglende begrunnelsen var tilstrekkelig kompensert når hensynet til en reell og samvittighetsfull behandling, etterprøvingshensynet og overprøvingshensynet var tilstrekkelig ivaretatt.

Det er nokså godt samsvar mellom hensynene domstolene vurderte. Hensynet til å unngå vilkårlige avgjørelser kan forstås som at avgjørelser må være basert på regler og prinsipper om likebehandling. Dette ligger tett opp til at prøvingen skal være samvittighetsfull og reell. Det at tiltalte skal kunne forstå domfellelsen er det samme som Høyesterett

---

<sup>270</sup> Ibid. avsnitt 99

<sup>271</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 49

<sup>272</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 102

<sup>273</sup> *Taxquet (K)* avsnitt 57-69, sammenlign avsnitt 38-50 som omhandler begrunnelsen.

har kalt etterprøvingshensynet. At begrunnelse er en forutsetning for ankeinstansens prøving slik Høyesterett la til grunn, har derimot ikke noe motsvar i storkammeravgjørelsen, se forrige punkt.

Høyesteretts tolkning av EMDs krav til begrunnelse i jurysaker var ganske vellykket fordi domstolene la opp til omtrent samme vurderingstema (med unntak av overprøvingshensynet). Vurderingene er derimot forskjellige i den forstand at Høyesterett vurderte om lagmannsrettens saksbehandling førte til tilstrekkelige begrunnelser generelt, mens storkammeret holdt seg til å vurdere om begrunnelsen var tilstrekkelig i den konkrete saken. I det følgende vurderer jeg om rettsutviklingen Høyesterett foretok fremstår nødvendig etter storkammerbehandlingen.

Endringene var for det første at fagdommerne fikk en plikt til å sette lagmannsrettens kjennelse til side ved rimelig tvil om skyldspørsmålet. Belgia har en lignende regel, men storkammeret la ikke særlig vekt på den fordi retten til å sette kjennelsen til side bare var blitt benyttet tre ganger.<sup>274</sup> Det taler for at EMD vil vike mer tilbake for å si at begrunnelsen ikke var tilstrekkelig etter at endringen var gjort. Brudd på artikkel 6 vurderes i prosessen som helhet, slik at det vil avhenge av de øvrige omstendighetene i saken om det blir avgjørende.

For det andre fant Høyesterett at § 40 femte ledd burde anvendes analogisk på lagrettesaker, hvilket senere har utviklet seg til et krav om begrunnelse for springende punkter i bevisvurderingen. Kammerets utsagn hvor de etterlyste en oppsummering av hovedgrunnene til at Taxquet var kjent skyldig, og de avveininger og konkrete grunner til at spørsmålene ble besvart med ja eller nei, ble ikke opprettholdt. Utsagnene var støtteargumenter for den analogiske tolkningen. Storkammeret forutsatte klart at ubegrunnede jurykjennelser er innenfor skjønnsmarginen, og den begrunnelsen Høyesterett unntaksvis krever for springende punkter i bevisvurderingen, kan derfor sies å gå et skritt lenger enn EMDs praksis krever. EMD har fortsatt ikke tatt stilling til en lignende problemstilling, men forutsetningen om at begrunnelse ikke er nødvendig, er klar og basert på en lang praksisrekke. In-

---

<sup>274</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 31, 99



formasjonen man får om hva som er funnet bevist, er mer omfattende enn i Belgia både ut fra hvordan spørsmålene utformes og fordi det skjer ytterligere klargjøring i premissene for straffutmålingen, se 5.1.7. På den andre siden vil begrunnelsen for frifinnelsen være mer omfattende i Norge.

Høyesterett stilte også høyere krav til referering av lagmannsrettens lovforståelse. Storkammeret omtalte ikke begrunnelse som en forutsetning for overprøving. Cour de cassation, som er ankeinstans i straffesaker i Belgia, har til oppgave å vurdere om lovene tolkes og anvendes riktig. Domstolen prøver ikke skyldspørsmålet.<sup>275</sup> Dette samsvarer med en av ankegrunnene til Høyesterett, nemlig anke over lovforståelsen. Når EMD ikke krevde at begrunnelsen skal gjøre Cour de cassation i stand til å prøve lovforståelsen, kan man i utgangspunktet gå ut fra at det samme vil gjelde for Høyesteretts prøving. Selv om det ut fra kildene i 2009 forelå tilsynelatende gode grunner til å kreve bedre referering av lovforståelsen, fremstår det langt mer usikkert i 2010.

#### **6.4 Dommer Jebens' særvotum**

Dommer Jebens dissenterte ikke, men ønsket å gi en særlig begrunnelse for sitt votum. Han ga uttrykk for at det var et bevisst valg ved vedtakelsen av konvensjonen at artikkel 6 nr. 1 inneholder lite informasjon om hvilke krav som stilles til en rettferdig rettergang i straffesaker fordi man tok høyde for det store mangfoldet av prosessuelle systemer blant medlemslandene og at en rettferdig rettergang skulle kunne sikres i dem alle. Det er derfor statene har en viss skjønnsmargin og EMDs rolle er å være subsidiær.<sup>276</sup>

Domstolens tidligere praksis om jursaker, som Jebens ikke viste til annet enn generelt, skal sikre at jurysystemet er underlagt visse prosessuelle garantier som den anser tilstrekkelige til å sikre en rettferdig rettergang. Disse garantiene mente han er at tiltalen og spørsmålene til juryen skal inneholde «an accurate description of the relevant facts and the applicable legal provisions, both of which are necessary in order to clarify the legal basis

---

<sup>275</sup> Bosly 2008 s. 1643

<sup>276</sup> Jebens' dissens avsnitt 1. For statenes skjønnsmargin, se for eksempel Aall 2011 s. 144-147.

on which the conviction of the accused is sought»<sup>277</sup>. I tillegg må rettens leder gis en sentral rolle for å sikre at prosessen foregår på en rettferdig måte, og at juryen får de nødvendige instruksjoner. Dette er for Jebens de krav EMD kan stille til prosessen i jursaker: at det er mulig å forstå hvilket faktum som er lagt til grunn og hvordan jussen er forstått, og at juryen har fått tilstrekkelig veiledning.

Hvis Domstolen krever eksplisitt begrunnelse i saker som kjennetegnes av at begrunnelse ikke gis, mente Jebens EMD ville komme på kant med sin egen praksis, og destabilisere juryordningen, hvilket ville vært et klart brudd på medlemsstatenes rett til selv å velge strafferettslig prosessordning. Han viste til at etter kammeravgjørelsen i den aktuelle saken, har Belgia vedtatt nye lovbestemmelser slik at Cour d'assises må gi en begrunnelse for fellende dommer, og i Norge har Høyesterett pålagt lagmannsretten å begrunne skyldspørsmålet i visse tilfeller. Fordi begrunnelsen i begge tilfeller utformes av fagdommere som ikke vet hva som har vært avgjørende for juryen, mente han endringene var dårlig egnet til å vise hva juryens avgjørelse er basert på, og tvilte på om tiltalte får mer avklaring enn i en ubegrunnet avgjørelse.<sup>278</sup>

Jebens votum viser i likhet med medlemslandenes argumentasjon i saken at *Taxquet* rører ved spørsmål om hvor grensene for EMDs kompetanse går. Jebens synes kritisk til Høyesteretts rettsutvikling, i hvert fall til Rt-2009-1439 og Rt-2010-865. Han mente EMD ikke kan pålegge landene å begrunne sine dommer, og at Høyesteretts krav om at fagdommerne skal begrunner juryens avgjørelse er uhensiktsmessig. Særvotumet er en kritikk av Høyesterett. Han kritiserer også EMD: den etter hans syn unødvendige utviklingen i Belgia og Norge skyldes uklarheten i *Taxquet 2009*, hvilket medfører usikkerhet og mangel på forutsigbarhet for medlemslandene. Argumentene for at EMD skal følge sin tidligere praksis er jo forutberegnelighet og likhet for loven.

---

<sup>277</sup> Jebens' dissens avsnitt 2

<sup>278</sup> Ibid. avsnitt 3-4. Lignende argumenter fremmes i Aall 2011 s. 409.

## 7 EMDs praksis om begrunnelseskravet i jursaker etter *Taxquet* mot Belgia

### 7.1 Innledning

I dette kapittelet analyserer jeg syv avgjørelser fra EMD om begrunnelseskravet i jursaker etter *Taxquet*: en hvor Storbritannia var part, en hvor Norge var part og fem hvor Frankrike var part. Det kan nevnes at EMD etter *Taxquet* også har avsagt dom i *Castellino mot Belgia*. Castellino var en av Taxquets medtiltalte. Det ble funnet krenkelse av artikkel 6 fordi saken hans ikke ble ansett forskjellig fra Taxquets.<sup>279</sup> Jeg behandler ikke dommen i det følgende fordi den ikke inneholder noen ny vurdering fra EMD.

Dommene jeg omtaler har til felles at før saken kom til EMD, hadde nasjonale domstoler vurdert om deres begrunnelseskrav var tilstrekkelig etter *Taxquet*. I dette kapittelet utforsker jeg hvordan EMD forholdt seg til praksisen fra de nasjonale domstoler da de vurderte om begrunnelsen var tilstrekkelig. Dette omtales underveis i den enkelte dommen. I likhet med i forrige kapittel omtaler jeg også hva praksisen kan si om Høyesteretts strategi i plenumsdommen.

### 7.2 Judge mot Storbritannia (februar 2011)

Thomas Judge var domfelt for seksuelle overgrep i Skottland. Skottland har ikke felles rettssystem med resten av Storbritannia, men når en skotsk dom klages inn, er det Storbritannia som er part. Judge klaget til EMD på at rettergangen ikke var rettferdig, både fordi han ikke hadde fått føre bevis om fornærmedes karakter, og fordi juryens avgjørelse ikke var begrunnet. Han mente dette siste hindret ham i å anke dommen. EMD avviste klagen i kammer fordi den ble funnet åpenbart ugrunnet. Jeg behandler kun EMDs omtale av begrunnelseskravet.

---

<sup>279</sup> *Castellino* avsnitt 38

### 7.2.1 Kammerets argumentasjon

Kammeret ga innledningsvis en kort oversikt over rettstilstanden som fulgte av *Taxquet*: ubegrunnede jurykjennelser var ikke i strid med artikkel 6, men det måtte foreligge tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer til å beskytte mot vilkårlighet og gjøre tiltalte i stand til å forstå domfellelsen. Skotsk rett ble funnet å inneholde nøyaktig de sikkerhetsmekanismer som ble etterlyst i *Taxquet*.

[A]s the Appeal Court observed in *Beggs*, see above, in Scotland the jury's verdict is not returned in isolation but is given in a framework which includes addresses by the prosecution and the defence as well as the presiding judge's charge to the jury. Scots law also ensures there is a clear demarcation between the respective roles of the judge and jury: it is the duty of the judge to ensure the proceedings are conducted fairly and to explain the law as it applies in the case to the jury; it is the duty of the jury to accept those directions and to determine all questions of fact. In addition, although the jury are "masters of the facts" (*Simpson*, cited above) it is the duty of the presiding judge to accede to a submission of no case to answer if he or she is satisfied that the evidence led by the prosecution is insufficient in law to justify the accused's conviction.<sup>280</sup>

EMD fant at skotsk prosess inneholdt tilstrekkelige surrogatgarantier. Når reglene i prosessen var fulgt, var det følgelig ikke grunn til å mene at begrunnelsen var utilstrekkelig. Tiltalen spesifiserte det faktiske grunnlaget den var basert på. «It must, therefore, have been clear to the applicant that, when he was convicted by the jury, it was because the jury had accepted the evidence of the complainers in respect of each of the counts in the indictment and, by implication, rejected his version of events»<sup>281</sup>. Prøvingen var mindre konkret enn i *Taxquet*, og hovedsakelig basert på generelle trekk ved skotsk prosess. Hverken tiltalen eller spørsmålene til juryen fra førsteinstansens dom ble gjengitt.

Judge klaget på at den manglende begrunnelsen hindret ham i å anke. EMD var ikke enig:

---

<sup>280</sup> *Judge* avsnitt 36

<sup>281</sup> *Judge* avsnitt 37

Lastly, in contrast to the Belgian appeal provisions considered in *Taxquet*, the Court is also satisfied that the appeal rights available under Scots law would have been sufficient to remedy any improper verdict by the jury. Under section 106(3)(b) of the 1995 Act, the Appeal Court enjoys wide powers of review and can quash any conviction which amounts to a miscarriage of justice; in particular, *Ainsworth* and *Rooney*, cited above, make clear that the Appeal Court may quash or vary any jury verdict which is logically inconsistent or lacking in rationality.<sup>282</sup>

EMD mente ankeinstolene ville fange opp gale avgjørelser, for eksempel hvis dommen er ulogisk.<sup>283</sup> I likhet med i *Taxquet (SK)* prøvde EMD ikke om begrunnelsen som gis er tilstrekkelig til at ankeinstansen kan prøve anken. Avsnittet synes heller knyttet til om tiltaltes ankemuligheter er egnet til å hindre justismord.

Tre kammeravgjørelser fra EMD, *Paterson*, *Lawless* og *Beggs*, har senere avvist klager på ubegrunnede juryavgjørelser i Storbritannia som åpenbart grunnløse med henvisning til *Judge*. Når resultatet i *Judge* er fulgt opp i senere praksis, får den større vekt enn en enkelt avvisningsavgjørelse.

### 7.2.2 Særlig om bruken av skotsk rettspraksis

I de to siterte avsnittene viser EMD til ikke mindre enn fire dommer fra skotske domstoler. Dommene blir brukt som kilde til informasjon om skotsk prosess og som kilde til argumentasjon. Dommene blir brukt aktivt for å begrunne hvorfor det her, i motsetning til i *Taxquet*, ikke foreligger en krenkelse. EMD henviser flere ganger direkte til skotsk rettspraksis, også i den konkrete vurderingen av saken.

Den viktigste skotske dommen er *Beggs vs. HM Advocate* som drøfter *Taxquets* betydning for om skotske begrunnelser er tilstrekkelige. To forhold ved denne dommen er særlig interessante. For det første at EMD viser til den for å argumentere for at begrunnelsen er tilstrekkelig. For det andre at den skotske dommen benytter en norsk høyesteretts-

---

<sup>282</sup> *Judge* avsnitt 38

<sup>283</sup> Dette er litt overraskende siden den aktuelle bestemmelsen ser ut til å være svært lite brukt, se Leverick 2007.

dom, Rt-2009-750, som kilde til hvordan *Taxquet* skal tolkes. Dommeren sluttet seg til de konklusjoner som ble trukket i plenumsdommen, og omtalte førstvoterende Indrebergs «full and careful analysis» av EMDs rettspraksis som «highly persuasive».<sup>284</sup>

*Judge* oppviser dermed et fremragende eksempel på hvordan dialog mellom domstoler kan fungere: første utviklet EMD praksis om hvilke krav som stilles til begrunnelse i jursaker. I *Beggs vs. HM Advocate* ble denne praksisen en viktig faktor ved tolkning av EMK. EMDs praksis ble derfor nøye gjennomgått, og det ble sitert fra flere avgjørelser. Siden Høyesterett allerede hadde tolket denne praksisen og betydningen av den siste utviklingen, kunne Appeal Court benytte plenumsdommen som kilde til hvordan praksisen skulle tolkes. Skotske domstoler var selvfølgelig ikke bundet av en norsk dom, men vurderte og ble overbevist av den norske argumentasjonen. Ballen ble så spilt tilbake til EMD som brukte skotsk rettspraksis som kilde til skotsk retts forhold til EMK. Kammeret så at dette var grundig drøftet ut fra EMDs praksis, og at man hadde vurdert hvordan andre medlemsland tolket praksisen. De fant informasjon og argumenter der da de selv skulle vurdere begrunnelseskravet i skotsk prosess og fant ingen grunn til å avvike fra Appeal Courts vurdering.

I en artikkel om forholdet mellom EMD og Storbritannias domstoler skriver Nicolas Bratza, som har vært president i EMD, at nasjonale domstoler har et visst ansvar for å undersøke om deres tolkning av EMK er i takt med andre medlemsland. Han bifaller Appeal Courts bruk av Høyesteretts analyse av *Taxquet* i *Beggs vs. HM Advocate*.<sup>285</sup> Kommunikasjon mellom nasjonale domstoler som den Bratza roser, forutsetter at domstolene følger med på hva de andre medlemslandenes domstoler driver med.

Bratza argumenterer for at både EMD og nasjonale domstoler har et ansvar for å orientere seg om hva som rører seg i Europa, og for å gjøre sitt syn kjent for andre, for eksempel ved tredjepartsintervensjon.<sup>286</sup> Høyesteretts argumentasjon hadde som nevnt mye til felles med den Irland og Storbritannia fremmet da de intervenerte i *Taxquet*. Hvis Irland og

---

<sup>284</sup> *Beggs vs HM Advocate* avsnitt 206

<sup>285</sup> Bratza 2011 s. 511

<sup>286</sup> Ibid. s. 510-511

Storbritannia ikke hadde intervenert, ville få argumenter av den typen blitt fremmet til stor-kammerbehandlingen og kunne i liten grad påvirket utfallet eller argumentasjonen der.

Appeal Court hadde i likhet med Høyesterett løftet spørsmålet om tilstrekkelig begrunnelse opp til et spørsmål om prosessen generelt førte til tilstrekkelig begrunnede avgjørelser. EMD prøvde også saken primært ut fra skotsk prosess generelt og forutsatte at hvis saksbehandlingsreglene følges, vil skotske juryavgjørelser være tilstrekkelig begrunnet. Saken skiller seg her fra *Taxquet* hvor fokuset tvert om lå på hvilken informasjon klager fikk fra tiltalen og spørsmålene til juryen i den aktuelle saken.

### 7.3 Shala mot Norge (juli 2012)

Shalas anke til Høyesterett var en av sakene som ble satt på vent til Høyesterett i plenum hadde avklart hvilke krav som ble stilt til begrunnelse. Etter plenumsdommen avviste Høyesterett anken. Shala klaget til EMD fordi han mente begrunnelsen ikke ga svar på hvorfor han var dømt for å ha begått narkotikakriminalitet som ledd i organisert kriminell virksomhet, hvilket er straffeskjerpende. Saken ble behandlet i kammer i EMD som avviste klagen som åpenbart ugrunnet.

#### 7.3.1 Kammerets argumentasjon

Da de skulle vurdere den foreliggende saken, valgte kammeret «first [to] have regard to the general features of the Norwegian jury system»<sup>287</sup>. Den generelle vurderingen av saksbehandlingen for lagmannsrett var svært omfattende. EMD fant en rekke beskyttelsesmekanismer “in respect of the jury’s participation in the examination of a case before the High Court”<sup>288</sup>, og “a number of devices aimed at enabling the accused to understand the reasons for his or her conviction”<sup>289</sup>. Det ble trukket frem at Høyesterett kan prøve juryens lovforståelse basert på rettsbelæringen eller faktumbeskrivelsen som blir gitt i pre-

---

<sup>287</sup> *Shala* avsnitt 30

<sup>288</sup> *Shala* avsnitt 32

<sup>289</sup> *Shala* avsnitt 34

missene for straffutmålingen. EMD fant dermed at det forelå tilstrekkelige sikkerhetsmekanismer til å unngå vilkårlige avgjørelser og gjøre at tiltalte kunne forstå dommen.<sup>290</sup>

Etter konklusjonen om at det forelå tilstrekkelige beskyttelsesmekanismer i norsk straffeprosess generelt, prøvde EMD den konkrete saken og fant at informasjonen var tilstrekkelig. Shala hadde mulighet til å kommentere spørsmålsskriftet før spørsmålene ble utlevert til juryen, hvilket ikke var gjort. Spørsmålene var individuelt utformet, og spørsmålene og begrunnelsen som ble gitt i forbindelse med straffutmålingen, inneholdt tilstrekkelig informasjon til at han kunne forstå hvorfor han ble dømt. EMD la her vekt på den informasjonen domfelte fikk av spørsmålene og av premissene for straffutmålingen, men siterte ikke fra noen av dem. EMD fant heller ikke at informasjonen som forelå om lovforståelsen knyttet til skyldspørsmålet eller straffutmålingen var omtalt på en slik måte at Høyesterett ikke kunne prøve dem.<sup>291</sup>

Jeg bemerker at en mer konkret prøving med sitering fra lagmannsrettens dom neppe ville ført til et annet resultat. Klager mente at han ikke fikk vite hvem han hadde begått organisert kriminell virksomhet sammen med. Jeg siterer fra lagmannsrettens dom:

Tiltalte [...] hadde, utover våren 2007, forbindelse med en organisert kriminell gruppe med tilhold i Amsterdam. Ved lagrettens kjennelse er han skyldig i at innførselen og oppbevaringen av ca 48 kg amfetamin, som er endelig avgjort av tingretten, samt forsøket på salg ca 5 kg av dette partiet, har skjedd som ledd i den kriminelle virksomheten til denne gruppen. Gruppen består av albanere og tyrkere.<sup>292</sup>

Det fremgår litt lenger ned at klager av lagmannsretten ble ansett som distribusjonsledet til den organiserte kriminelle gruppen i Nederland. Det fremstår ikke overraskende at Høyesterett avviste anken.

---

<sup>290</sup> *Shala* avsnitt 36-37

<sup>291</sup> *Shala* avsnitt 38-40

<sup>292</sup> LB-2008-179697



### 7.3.2 Bruk av Høyesteretts praksis

Plenumsdommen har en svært fremtredende plass i *Shala*. I kapittelet om nasjonal rett siterte EMD avsnitt 32 til og med 35 og 60 til og med 83 fra plenumsdommen. I gjennomgangen av norsk prosess ved konkret prøving av saken viste EMD utelukkende til plenumsdommen og fulgte dens struktur. Av Høyesteretts omtale av hvordan begrunnelseskravet er sikret i norsk rett er det i denne delen bare avsnitt 75 til 77 som ikke er henvist til, bortsett fra avsnitt som kun inneholder en oppsummering eller stiller spørsmål.<sup>293</sup> Jeg skrev i 5.1.11 at det kan ha vært et motiv for Høyesterett å vise frem norsk prosess og å vise at betydningen av EMK er nøye vurdert. I så fall må den strategien kunne omtales som en suksess, en fjær i hatten for Høyesterett.

Fremgangsmåten i *Taxquet*, kammer og storkammer, var å gå fra redegjørelse for de krav som stilles til å prøve de konkrete omstendighetene i saken. I *Judge* og *Shala* er prøvingen hovedsakelig ut fra prosessen generelt. I *Shala* ble dette gjort som en separat vurdering før den konkrete saken ble prøvd.

EMD la til grunn at tiltalte kunne bygge både på spørsmålene til juryen og premisene for straffutmålingen for å vite hvorfor han ble dømt. De la også vekt på at Høyesterett kan prøve lagmannsrettens lovforståelse ut fra faktumbeskrivelsen som gjøres ved straffutmålingen. EMD hadde følgelig ikke innvendinger mot at premissene for straffutmålingen er et legitimt sted å hente informasjon. Dette bør oppfattes som et internrettslig spørsmål som EMD ikke legger seg opp i.

*Shala* viser at norsk straffeprosess ble funnet å oppfylle begrunnelseskravet generelt. EMD brukte plenumsdommen som kilde til informasjon og hentet argumenter derfra. At Høyesterett beskrev norsk straffeprosess så inngående, bidro til at EMD fikk en lettere oppgave. Den grundige behandlingen av EMDs praksis gjorde det lettere å overbevise EMD om at begrunnelsen var tilstrekkelig.

---

<sup>293</sup> I de utelatte avsnittene drøfter Høyesterett analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 40 femte ledd. De har vært grunnlag for den videre rettsutviklingen i Norge hvor det i unntakstilfeller stilles krav om en eksplisitt begrunnelse.

## 7.4 Fem saker mot Frankrike (januar 2013)

10. januar 2013 avsa EMD dom i fem avgjørelser om fransk straffeprosess: *Agnelet*, *Fraumens*, *Legillon*, *Oulahcène* og *Voica*. I tre av sakene fant domstolen at artikkel 6 var krenket, i to at den ikke var det. Alle sakene er dommer, det vil si at ingen av klagen ble avvist. De vil ha relativt høyere vekt enn *Judge* og *Shala* som er avvisningsavgjørelser.

Dommene ble avsagt samme dag og inneholder alle den samme, lange redegjørelsen for hvilke krav artikkel 6 stiller til begrunnelse i jursaker. EMD viste til flere tidligere avgjørelser, særlig *Taxquet*. Jeg gjengir ikke dette siden gjennomgangen er av praksis jeg har behandlet tidligere. Vurderingstemaet var fortsatt om det forelå tilstrekkelige garantier til å hindre vilkårlige avgjørelser og gjøre at tiltalte kunne forstå domfellelsen.<sup>294</sup>

### 7.4.1 Vurdering av fransk straffeprosess

Frankrike hadde anført at nasjonale rettsmidler ikke var uttømt fordi domfelte ikke hadde benyttet sin mulighet til å klage på utformingen av spørsmålene. I *Shala*, hvor det ikke ble konstatert krenkelse, ble det lagt vekt på at klager ikke hadde prøvd å påvirke spørsmålene. Også i tidligere praksis ble det lagt vekt på at tiltalte kan klage på spørsmålenes utforming.<sup>295</sup> I *Goktepe*, hvor det i motsetning til de andre sakene ble konstatert krenkelse, hadde domstolen nektet å endre spørsmålene da tiltalte ba om det, slik at juryen ikke kunne avgjøre hver tiltaltes ansvar for vold mot ransofferet.<sup>296</sup> EMD avviste Frankrikes anførsel under henvisning til at det var manglende begrunnelse, og ikke måten spørsmålene er utformet som var kjernen i klagen. Spørsmålenes utforming utgjør ett av flere kriterier i vurderingen av om en avgjørelse er tilstrekkelig begrunnet.<sup>297</sup> Dette er ikke overraskende siden EMD alltid prøver rettergangen som helhet.

---

<sup>294</sup> *Agnelet* avsnitt 56-62, *Fraumens* avsnitt 34-40, *Legillon* avsnitt 52-58, *Oulahcène* avsnitt 40-46, *Voica* avsnitt 40-46

<sup>295</sup> *R. mot Belgia*, *Zarouali*, *Planka* og *Papon*

<sup>296</sup> *Goktepe* avsnitt 28-29

<sup>297</sup> *Agnelet* avsnitt 43, *Legillon* avsnitt 33

For å vurdere begrunnelsen i de aktuelle sakene, åpnet Domstolen med noen generelle trekk ved fransk straffeprosess. Tiltale- eller ankebeslutningen leses opp i sin helhet under rettsforhandlingen; bevisene presenteres muntlig og er gjenstand for kontradiksjon; hvert bevis diskuteres for seg og tiltalte har rett på forsvarer; fag- og legdommere trekker seg tilbake øyeblikkelig etter at rettsforhandlingen avsluttes og fatter sin beslutning uten tilgang på sakspapirer. I tillegg kan dommen ankes og behandles da på nytt av en utvidet assisesdomstol.<sup>298</sup>

Fremstillingen av sikkerhetsmekanismer i fransk prosess er likevel svært knapp. Redegjørelsen for sikkerhetsmekanismer i Norge opptok fem (seks) avsnitt i *Shala*, men ble unnagjort på ett avsnitt i *Agnelet*.<sup>299</sup> Gjennomgangen av sikkerhetsmekanismer i norsk rett viste hele tiden til plenumsdommen mens redegjørelsen for franske sikkerhetsmekanismer ikke viste til fransk rettspraksis. Jeg skriver nærmere om EMDs bruk av (eller rettere sagt manglende bruk av) fransk rettspraksis i neste punkt.

Fransk prosess er organisert som en hybrid mellom jury og meddomsrett. Fagdommerne er til stede når juryen debatterer skyldspørsmålet og stemmer sammen med legdommerne som er i flertall. Franske myndigheter anførte at dette var en avgjørende forskjell fra belgisk prosess hvor juryen drøfter og avgjør skyldspørsmålet i enerom.<sup>300</sup> Konsekvensen er for eksempel at en eventuell rettsvillfarelse lettere kan fanges opp og kan avklares umiddelbart under rådslagningen. At det ikke skjer noen rettsbelæring i vår forstand med oppsummering av bevisene må også ses i sammenheng med fagdommernes tilstedeværelse under rådslagningen.<sup>301</sup> EMD nevnte ikke særtrekket, hverken positivt eller negativt. Når veiledning av juryen tidligere var blitt fremhevet som en viktig sikkerhetsmekanisme, kunne det vært relevant å vurdere dette.

---

<sup>298</sup> *Agnelet* avsnitt 63

<sup>299</sup> *Shala* avsnitt 30-37, *Agnelet* avsnitt 63

<sup>300</sup> *Agnelet* avsnitt 52

<sup>301</sup> Backer 2009b note 40. Pradel ser snarere ut til mene at dette skyldes at man fryktet at fagdommerne skulle influere juryens stemmegivning, se Pradel 2008 s. 854.

#### 7.4.1.1 Om bruken av fransk rettspraksis

I likhet med i Norge og Skottland hadde franske domstoler vurdert om begrunnelseskravet var tilstrekkelig oppfylt etter at EMD avsa *Taxquet* og funnet at det var det. Frankrike har flere særdomstoler enn vi har i Norge. Spørsmålet var behandlet både i Cour de cassation, som er øverste ankeinstans i straffesaker, og i Conseil constitutionnel som vurderer om lover er i samsvar med konstitusjonen. Innholdet i begge dommene ble gjengitt i EMDs gjennomgang av relevant nasjonal rett, men ikke vist til i vurderingen av om artikkel 6 var krenket.

Franske dommer forfattes i en egen, knapp stil som kan virke svært fremmed for andre rettskulturer.<sup>302</sup> Cour de cassation slo kort fast at dommen tilfredstilte kravene lover og konvensjoner stilte fordi den inneholdt juryens svar på at deres innerste overbevisning var at tiltalte var skyldig, man fikk informasjonen fra tiltalen, fordi tiltalte hadde hatt fulle forsvarerrettigheter og fordi rettsforhandlingen var offentlig og ga mulighet til kontradiksjon.<sup>303</sup>

Conseil constitutionnel hadde en mer utførlig behandling, men den var fortsatt knapp sett med norske øyne. Det ble lagt til grunn at manglende begrunnelse må veies opp av garantier som utelukker vilkårlige avgjørelser.<sup>304</sup> I EMDs sammendrag fremgår det ikke hvilket rettslig grunnlag konstitusjonsdomstolen bygget på. Det var ikke EMK, men Menneskerettserklæringen fra 1789 som er inkorporert i den franske grunnloven, artikkel 7, 8 og 9. Artikkel 7 lyder: «Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis»<sup>305</sup>. Conseil constitutionnel så begrunnelse som en forutsetning for at rettighetene blir oppfylt og mente manglende begrunnelse kun kan aksepteres når det foreligger tilstrekkelige garantier mot

---

<sup>302</sup> Steiner 2010 s. 159

<sup>303</sup> *Cour de cassation*

<sup>304</sup> *Conseil constitutionnel*, *Agnelet* avsnitt 11

<sup>305</sup> Oversettelse i appendiks

vilkårighet.<sup>306</sup> Denne tolkningen av Menneskerettserklæringen ligner på EMDs tolkning av EMK, men EMK og EMDs praksis er ikke referert til. Hvis tolkningen er influert av EMDs praksis, fremgår det ikke av teksten.

Conseil constitutionnel la vekt på at straffeprosesslovens regler bygget på prinsippene muntlighet og kontinuitet, hvilket gjorde at bevis og forsvar måtte fremsettes muntlig under rettsforhandlingen hvor tiltalte var til stede og hadde forsvarer. Juryen, bestående av fag- og legdommere, debatterer skyldspørsmålet straks etter at rettsforhandlingen er overslik at deres mening kun er basert på de bevis og argumenter som er lagt frem under hovedforhandlingen. De trakk frem flere regler om utformingen av spørsmålene, som at partene kan be om at det stilles subsidiære spørsmål. Fagdommerne har et særskilt ansvar for at spørsmålene er klare, presise og individualiserte, og det kan ankes over at spørsmålene ikke er det. I tillegg ble det vektlagt at reglene for debatten om skyldspørsmålet var presist definert i Code de procédure pénale, og at det lå en garanti i at minst seks av ni må stemme ja på skyldspørsmålet (åtte av tolv ved ankebehandling) for å domfelle. Ut fra alle disse garantiene kunne rettsutøvelsen ikke være vilkårlig.<sup>307</sup>

EMD redegjorde for relevant nasjonal rett i Frankrike i et eget kapittel. De siterte ikke fra avgjørelsene, men innholdet ble kort gjengitt.<sup>308</sup> De sikkerhetsmekanismer EMD trakk frem, har stort sett sammenfall med de Conseil constitutionnel trakk frem. Dette gjelder at bevisene legges frem muntlig og diskuteres kontradiktorisk, at tiltalte har forsvarer, at de som avgjør skyldspørsmålet ikke har tilgang på forhørsdommerens sakspapirer og trekker seg tilbake umiddelbart etter hovedforhandlingen for å avgjøre skyldspørsmålet.<sup>309</sup> EMD viste ikke til rettsavgjørelsen og hentet hverken informasjon eller argumentasjon fra dommene i den videre behandlingen. Henvisningene mellom EMD og franske domstoler er mange færre enn mellom EMD og skotsk rettspraksis og mellom EMD og Høyesterett,

---

<sup>306</sup> *Conseil constitutionnel*

<sup>307</sup> *Conseil constitutionnel* avsnitt 12-17

<sup>308</sup> *Agnelet* avsnitt 33

<sup>309</sup> *Agnelet* avsnitt 63, *Conseil constitutionnel* avsnitt 12

både ved nasjonale domstolars bruk av EMDs praksis som rettskilde og ved EMDs bruk av nasjonale domstolars avgjørelser som rettskilde.

Hvis de franske dommene hadde knyttet argumentasjonen sin tettere opp til EMDs praksis, kunne det kanskje vært fremhevet fagdommerne er til stede under rådslagningen og kan veilede juryen. Man kunne også fremhevet at hvis tiltalte ber om endringer i spørsmålsskriftet, må retten begrunne det hvis det ikke tas til følge, hvilket EMD la vekt på i *Papon*. Det hadde også vært mulig å gi et bedre innblikk i fransk straffeprosess' indre logikk for utenforstående. Det er selvfølgelig ikke gitt at resultatet da ville blitt annerledes. Tiltalte hører for eksempel ikke hvordan fagdommerne veileder juryen, og kan dermed ikke påvirke veiledningen. Man kan også spørre om tiltalte vil føle seg trygg på at veiledningen har vært riktig. Den informasjon tiltalte får om hvorfor retten ikke vil endre spørsmålsskriftet, kan ses som begrenset.

Skotske og norske dommer ga EMD informasjon om den nasjonale prosessen og omfattende vurderinger om forholdet mellom nasjonal rett og EMK. I Frankrike refererte ikke domstolene til EMDs praksis. Dette kan nok ha sammenheng med mange ting, blant annet at rettspraksis er en klart svakere rettskilde i fransk rett enn i skotsk og norsk. Selv om argumentasjon fra tidligere praksis ofte gjentas, kan franske domstoler ikke henvise til tidligere rettspraksis for å begrunne et resultat.<sup>310</sup> Det er heller ikke vanlig at franske dommer argumenterer for sitt resultat, de slår fast hvordan retten er ut fra logiske argumenter.<sup>311</sup> Den knappe stilen hindret dommene i å bli en viktig kilde til informasjon om fransk straffeprosess for EMD. Opprømsingen av sikkerhetsmekanismer i stedet for en mer aktiv argumentasjon gjorde at EMD fikk mindre å hente til sin egen vurdering.

#### 7.4.2 Konkret vurdering

I den konkrete vurderingen av sakens omstendigheter, benyttet EMD den samme fremgangsmåten i alle sakene: først pekte de på hvor mange som var tiltalt i saken og om den

---

<sup>310</sup> Steiner 2010 s. 89-91. Conseil Constitutionnel er her et unntak: dens avgjørelser er bindende for senere domstolsbehandling.

<sup>311</sup> Steiner 2010 s. 139-141

fremsto som kompleks, deretter vurderte de hvilken informasjon man fikk fra tiltalen. De påpekte at tiltalens betydning uansett er begrenset siden den blir utformet før hovedforhandlingen. De fremhevet så at spørsmålenes formulering får økt betydning fordi rettsforhandlingen er muntlig og de som skal avgjøre skyldspørsmålet, ikke får bruke skriftlig materiale når de debatterer skyldspørsmålet. De vurderte så hvor mye som sto på spill ut fra hvor høy straff tiltalte fikk. Deretter så de på hvor mange spørsmål som ble stilt og hvilken informasjon disse ga om de konkrete omstendigheter i saken, også sammenholdt med tiltalen og en eventuell behandling i førsteinstans. Til slutt vurderte de ankemuligheten, og påpekte at det ved anke settes sammen en ny assises-domstol som heller ikke begrunner sin avgjørelse. Den fullstendig nye og ubegrunnede behandlingen medførte at det ikke var mulig å få mer informasjon i ankeomgangen.<sup>312</sup>

I *Agnelet*, *Fraumens* og *Oulahcène* ble det konstatert brudd på EMK, mens saksbehandlingen i *Legillon* og *Voica* ble ansett tilstrekkelig til å oppfylle konvensjonens krav. Jeg vil først se på likhetstrekk mellom de tre første sakene før jeg ser på hvorfor saksbehandlingen ble ansett tilstrekkelig i de to andre sakene. Avgjørelsene omtales i alfabetisk rekkefølge.

#### 7.4.2.1 Sakene hvor artikkel 6 var krenket

Agnelet var dømt til 20 års fengsel for drap. EMD omtalte saken som svært komplisert.<sup>313</sup> Det fremgikk av tiltalen at det ikke var formelt fastslått at det var skjedd et drap, kun at en person, tiltaltes elskerinne, var forsvunnet. Tid, sted og måten drapet skulle være begått på, var ukjent. Tiltalte erkjente ikke de faktiske forholdene. Siden tiltalen utformes før hovedforhandlingen, mente kammeret at man ikke kunne vite om den hadde påvirket debatten under hovedforhandlingen og den endelige dommen. Den viste uansett at det forelå mye usikkerhet rundt forsvinningen.<sup>314</sup> Det fremgår for øvrig av kammerets beskrivelse av den

---

<sup>312</sup> For eksempel *Agnelet* avsnitt 64-70

<sup>313</sup> *Agnelet* avsnitt 64

<sup>314</sup> *Agnelet* avsnitt 65

faktiske siden at saken ble gjenopptatt fordi klagers kone innrømmet å ha vitnet falsk for å gi ham alibi.<sup>315</sup>

Det ble stilt to spørsmål til juryen, ett om han hadde drept den forsvunne personen og ett om drapet var overlagt. EMD omtalte dem som «non circonstanciées et laconiques», uten henvisning til konkrete omstendigheter som kunne gjort tiltalte i stand til å forstå domfellelsen. De la også vekt på at Agnelet var frikjent i førsteinstansen.<sup>316</sup> Selv om saken kunne påankes, ble det da satt sammen en ny assisesdomstol, slik at klager ikke kunne sammenholde informasjon fra første og andre gangs behandling, spesielt ikke siden han da var blitt frikjent.<sup>317</sup> EMD fant at det ikke var tilstrekkelig til at han kunne forstå domfellelsen.

Fraumens var dømt til 30 år i fengsel for drapsforsøk, samt fradømt visse sivile rettigheter i 10 år. Fraumens var tiltalt sammen med broren sin, men anklagene mot broren var mindre alvorlige. Tiltalen ble omtalt som detaljert, men igjen sett som begrenset siden den ble utformet før hovedforhandlingen.<sup>318</sup> Det ble stilt to spørsmål til juryen. Tiltalen er ikke gjengitt, men spørsmålene er svært generelle, med kun en legaldefinisjon av forsøk på drap, samt tid, sted og offerets navn.<sup>319</sup> Spørsmålet om drapet var overlagt var kommet til under hovedforhandlingen og måtte dermed ha gitt ham mulighet til å forstå deler av juryens resonnement.<sup>320</sup>

EMD la i likhet med i *Agnelet* vekt på at Fraumens var blitt frikjent ved førstegangs behandling. Kammeret uttalte om dette at

dès lors que l'accusé a été acquitté en première instance puis déclaré coupable en appel, qui plus est en se voyant infliger une peine très lourde, il devait disposer d'éléments susceptibles de lui permettre de comprendre le verdict de condamnation : tel ne pouvait être le cas avec un examen

---

<sup>315</sup> *Agnelet* avsnitt 14

<sup>316</sup> *Agnelet* avsnitt 68-69

<sup>317</sup> *Agnelet* avsnitt 70

<sup>318</sup> *Fraumens* avsnitt 42-43, 45

<sup>319</sup> *Fraumens* avsnitt 10

<sup>320</sup> *Fraumens* avsnitt 47



conjugué de l'acte de mise en accusation et des deux seules questions posées au jury en l'espèce.<sup>321</sup>

EMD fant her i likhet med Høyesterett Rt-2009-1439 og vurderingen i *Salov* at det hever behovet for informasjon hvis tiltalte blir dømt etter først å ha blitt frifunnet. Det kan spørres om informasjonsbehovet kan være enda større i Norge enn i Frankrike fordi tingretten begrunner frifinnelsen, mens man i Frankrike bare får vite at førsteinstansen svarte nei på om tiltalte er skyldig. Høyesterett har her vært oppmerksomme på en problemstilling som ikke ble berørt i *Taxquet*. I *Fraumens* ser frifinnelse i førsteinstans og domfellelse til 30 års fengsel i andre ut til å ha vært en viktig forutsetning for at rettergangen ikke ble ansett rettferdig.

Oulahcène var dømt til 30 år i fengsel for drap. Det fremgikk av tiltalen at han ikke erkjente de faktiske forholdene, og at det ikke forelå noe kjent motiv for drapet. Tiltalens betydning ble igjen ansett begrenset.<sup>322</sup> Det ble stilt ett spørsmål til juryen, «[n]on circonstanciée», uten henvisning til annet enn legaldefinisjonen av overtredelsen, tid, sted og offerets navn. Når de faktiske omstendigheter var bestridt og motivet ukjent, inneholdt spørsmålet ingen henvisning til konkrete omstendigheter som gjorde at tiltalte kunne forstå domfellelsen.<sup>323</sup> Avgjørelsen kunne ankes, men heller ikke da ble avgjørelsen begrunnet, og en ny vurdering av nye dommere gjorde at tiltalte ikke kunne sammenholde informasjon fra begge prosessene. EMD fant derfor at det ikke forelå tilstrekkelige garantier til at han kunne forstå dommen.<sup>324</sup>

Sakene har felles at det var gitt høy fengselsstraff og at spørsmålene var få og generelt utformet. I to av sakene var det svært omstridt hva som hadde skjedd, og to av klagerne var blitt frikjent i førsteinstansen. Sakene bør betraktes som spesielle. Det er verdt å merke seg at de eneste kildene til informasjon EMD kunne bygge på, var tiltalen og spørsmålene

---

<sup>321</sup> *Fraumens* avsnitt 49. Oversettelse i appendiks.

<sup>322</sup> *Oulahcène* avsnitt 49

<sup>323</sup> *Oulahcène* avsnitt 52-53

<sup>324</sup> *Oulahcène* avsnitt 54-55

til juryen. Spørsmålene refererte ikke til hvordan den straffbare handlingen var begått. I motsetning til tiltalen utformes spørsmålene etter hovedforhandlingen og gir informasjon om hva som ligger til grunn for domfellelsen.

#### 7.4.2.2 Saker hvor det ikke ble konstatert krenkelse og sammenligning

Legillon var dømt til 15 års fengsel for seksuelle overgrep mot mindreårige. EMD skrev at anklagene var alvorlige, men «pas complexes»<sup>325</sup>. Tiltalen ble omtalt som «particulièrement circonstancié»<sup>326</sup>. Det ble stilt 12 spørsmål som ble funnet å utgjøre en presis helhet uten tvetydighet om hva han var beskyldt for.

Spørsmålene inneholdt mange henvisninger til handlingsalternativer skilt med og/eller. Legillon klaget derfor på at han ikke visste om han var dømt for å ha skaffet seg seksuell omgang med mindreårige ved å ty til vold, tvinge, true eller overrumple de fornærmede.<sup>327</sup> Dette førte ikke frem:

La Cour estime cependant qu'il ne saurait prétendre avoir été, pour cette seule raison, empêché de comprendre le verdict qui a été rendu, en particulier compte tenu de la circonstance que les faits ont été commis par un ascendant sur des victimes mineures de son entourage immédiat.<sup>328</sup>

De skjerpene omstendighetene, knyttet til de fornærmedes alder og slektskapsforhold til tiltalte, var behandlet i separate spørsmål slik at juryen kunne avgjøre straffansvaret individuelt og presist.<sup>329</sup>

I norsk rett må premissene for straffutmålingen ta stilling til hvilket handlingsalternativ som er funnet bevist når spørsmålene inneholder alternativer skilt med og/eller.<sup>330</sup> Så

---

<sup>325</sup> Legillon avsnitt 60

<sup>326</sup> Legillon avsnitt 61

<sup>327</sup> Spørsmålene brukte begrepene violence, contrainte, menace ou surprise, se Legillon avsnitt 20, 65. Den engelske teksten bruker begrepet «taking the victim unawares» som oversettelse på det siste.

<sup>328</sup> Legillon avsnitt 65

<sup>329</sup> Legillon avsnitt 66

vidt jeg kan se, innebærer EMDs uttalelser i *Legillon* at de ikke vil konstatere brudd på artikkel 6 ut fra slike mangler, så norsk rett gir bedre beskyttelse enn EMK. Det spilte inn på vurderingen at det dreide seg om overgrep mot mindreårige. EMD fant at klager hadde fått tilstrekkelige garantier til å kunne forstå domfellelsen.

Voica var dømt til 18 års fengsel for ran med døden til følge. Sakens omstendigheter ble karakterisert som «pas particulièrement complexes»<sup>331</sup>. Tiltalen «présentait de manière très circonstanciée les événements, ainsi que les positions des coaccusés qui faisaient clairement apparaître deux thèses contraires »<sup>332</sup>. Det ble stilt 4 spørsmål, tre fellesspørsmål og ett ekstra til hver av de tiltalte. Spørsmålene viste ikke til konkrete omstendigheter som gjorde at tiltalte kunne forstå dommen, men det fremgikk av tiltalen at hver av de tiltalte anklaget den andre for å ha hatt hovedansvaret. I tiltalen konkluderte forhørsdommeren med at klagers påstand om at hennes medtiltalte hadde operert alene, var utelukket. Når spørsmålene og tiltalen ble sammenholdt, mente EMD at klager kunne forstå hvorfor hun hadde fått høyere straff enn sin medtiltalte og at klager følgelig hadde fått tilstrekkelige garantier til at hun kunne forstå domfellelsen.<sup>333</sup>

Selv om EMD holdt fast ved at tiltalens betydning er begrenset siden man ikke vet hvilken innvirkning den har hatt på hovedforhandlingen og vurderingen av skyldspørsmålet, ble den avgjørende for at rettergangen ble ansett rettferdig i *Voica*. Den konkrete prøvingen gjør at det ikke er så lett å forutse utfallet i hver sak. For eksempel omtales spørsmålene i *Legillon* som en presis helhet, men spørsmålene og tiltalen i saken viste ikke til hvordan overgrepene ble begått. Etter norsk standard er de fortsatt svært knappe, men begrunnelseskravet tilpasses også medlemslandenes prosess, slik at det er en del av vurderingen hva som er vanlig i Frankrike.

---

<sup>330</sup> Kravet har eksistert lenge i norsk rett, se Andenæs 2000 s. 67.

<sup>331</sup> *Voica* avsnitt 48

<sup>332</sup> *Voica* avsnitt 49

<sup>333</sup> *Voica* avsnitt 52-53

## 7.5 Oppsummering/sammenligning

I *Shala* uttalte EMD at de ikke så noen grunn til å trekke i tvil Høyesteretts konklusjon om at juryen traff sin avgjørelse basert på en samvittighetsfull vurdering av bevisene og korrekt lovforståelse, og at prosessen inneholdt en mengde mekanismer som gjorde at tiltalte skulle forstå domfellelsen. Det ble også lagt vekt på at tiltalte kunne anke lovforståelsen, straffutmålingen og saksbehandlingen, og at Høyesterett kunne prøve anken basert på rettsbelæringen eller beskrivelsen av den straffbare handlingen.<sup>334</sup> I denne vurderingen synes EMD å finne at Høyesteretts konklusjon av at de tre hensynene er tilstrekkelig ivarettatt, var holdbar, og å legge vekt på det. Hensynene var derimot ikke en del av vurderingen om de franske dommene var tilstrekkelig begrunnet.

Fransk rettspraksis vurderte om straffedommer var tilstrekkelig begrunnet etter *Taxquet*, men refererte ikke til EMDs praksis i sin behandling av spørsmålet. I behandlingen av klager mot Frankrike viste EMD heller ikke til fransk rettspraksis. Selv om EMD i likhet med i *Shala* omtalte generelle sikkerhetsmekanismer i fransk prosess før de vurderte den konkrete saken, var prøvingen av klagene mot Frankrike mye mer konkret enn prøvingen i *Judge* og *Shala*. Omfattende argumentasjon om nasjonal prosess i nasjonale domstoler ser dermed ut til å flytte fokuset fra den spesielle saken til prosessen den utgår fra. Ut fra disse avgjørelsene kan det se ut til at når EMD nærer større usikkerhet om hvorvidt saksbehandlingen som sådan er betryggende, prøver de i stedet informasjonen i den konkrete saken.

Det ligger en påvirkningsmulighet i at EMD bruker nasjonale domstolars praksis som kilde ved behandling av saker. Det synes både mulig å unngå konvensjonsbrudd ved å argumentere overbevisende og mulig å påvirke hvordan EMD går fram for å løse en sak ved at de bruker den nasjonale dommen som mønster. Det synes å være en forutsetning at EMDs praksis er tolket og vurdert, og at den nasjonale domstolen har argumentert for hvorfor deres lovgivning samsvarer med krav EMDs praksis stiller. Nasjonal rettspraksis er

---

<sup>334</sup> *Shala* avsnitt 32, 34

likevel bare en av flere faktorer. Det har stor betydning hvordan prosessreglene er utformet og hvordan omstendighetene var i den konkrete saken.

EMDs praksis kan selvfølgelig påvirke medlemslandenes rett på ulike måter. Belgia innførte i 2009 regler om at rettens leder skal utforme juryens hovedgrunner etter at de har avgjort skyldspørsmålet.<sup>335</sup> Frankrike vedtok i 2011 at fagdommerne skal redegjøre for de viktigste bevis som har ført til domfellelse i assisesdomstoler.<sup>336</sup> EMD uttalte i de fem nyeste dommene at en slik endring *a priori* er egnet til å styrke garantiene mot vilkårlighet betraktelig og til å bidra til at tiltalte kan forstå domfellelsen.<sup>337</sup> Selv om ubegrunnede jurykjennelser ikke regnes som i strid med konvensjonen, kan kammerets utsagn tolkes som at det foretrekker begrunnede dommer og anser endringer av denne typen velkomne. Ved å bruke betegnelsen *a priori* har Domstolen ikke bundet seg til at dette er tilstrekkelig.<sup>338</sup> Dette illustrerer at det er flere måter å oppfylle EMK på enn at domstolene håndhever konvensjonen.

---

<sup>335</sup> Code d'instruction criminelle artikkel 334

<sup>336</sup> Code de procédure pénale artikkel 365-1

<sup>337</sup> *Agnelet* avsnitt 72, *Fraumens* avsnitt 51, *Legillon* avsnitt 68, *Oulahcène* avsnitt 56, *Voica* avsnitt 54

<sup>338</sup> Hervieu 2013

## 8 Oppsummering og vurdering

### 8.1 Innledning – demokrati og rettssikkerhet

De tre hensynene bak begrunnelseskravet er alle rettssikkerhetshensyn som skal sikre at saksbehandlingen i straffesaker er betryggende. Strenge krav til rettsikkerhet er en del av rettsliggjøringen, det at rettigheter spiller en stadig større rolle som grenser for hva som kan vedtas politisk. Demokratiet, i betydningen flertallsmakt, blir da svekket. Rammene om lovgivningen forvaltes av domstolene, som får økt makt. Det kan her skilles mellom en prosessuell demokratiforståelse, hvor man fokuserer på måten reglene blir til på, og en materiell demokratiforståelse, som fokuserer på at alle borgere skal garanteres visse friheter og rettigheter.<sup>339</sup>

Det er ukontroversielt at både demokrati og rettsikkerhet er hensyn det er viktig å ivareta, men hensynene vil på et eller annet punkt komme i konflikt med hverandre. Det er vanskelig å enes om et balansepunkt hvor begge hensyn ivaretas tilstrekkelig, hvilket vil avhenge av hvilken demokratiforståelse som legges til grunn. I sakene om begrunnelseskravet i jursaker aktualiseres dette spørsmålet ved at tiltaltes bedre rettsikkerhet er domstolskapt: hadde Høyesterett kompetanse til å foreta endringene?

Synet på hvordan flertallsmakt og rettighetsvern skal balanseres vil spille inn på domstolenes vurdering av konkrete rettsspørsmål. En sterk vektlegging av demokratihensyn vil sette formelle grenser for domstolenes rettsanvendelsesskjønn.<sup>340</sup> Dette kan illustreres av Endresens dissens i Rt-2009-1118, om hvorvidt ankenektelser i sivile saker skulle være begrunnet. Endresen stemte for å forkaste anken fordi det «var et bevisst valg fra lovgivers side at slike beslutninger ikke skulle måtte begrunnes. Dette valg ble gjort etter et omfattende utredningsarbeid, og det er mindre enn to år siden loven trådte i kraft»<sup>341</sup>. Mot-

---

<sup>339</sup> Strand 2012 s. 67-68

<sup>340</sup> Sæther Mæhle 2005 s. 48

<sup>341</sup> Rt-2009-1118 avsnitt 83

setningsvis vil det å favorisere en mest mulig effektiv individbeskyttelse gi domstolene større muligheter til rettsutvikling. Skoghøy stiller seg (naturlig nok) bak endringene i plenumsdommen: “Gjennom disse fem grepene blir siktedes rettigheter i jursaker vesentlig styrket»<sup>342</sup>.

Det viktigste argumentet for at maktforskyvningen ikke er udemokratisk, er at den er villet av lovgiver: myndighetene har valgt å undertegne EMK, valgt å gjøre den til norsk lov og gitt klart uttrykk for at EMDs praksis skal ha stor betydning for tolkning av EMK i forarbeidene til menneskerettsloven. Å sette norsk rett til side på grunn av praksis fra EMD, blir da å oppfylle lovgiverviljen, ikke å motarbeide den. Dette utfordres noe av EMDs ekspansive tolkningsstil: den stadige utviklingen og konkretiseringen av rettigheter fører til stadig snevrere handlingsrom for medlemsstatene, en utvikling hvis rekkevidde nok ikke var forutsett.

Lovgiver har gitt uttrykk for at Høyesterett skal følge opp EMDs tolkningspraksis, men hvor sikre bør domstolene være på at et forhold vil sanksjoneres i EMD før de setter til side lovgiverviljen? På 1990-tallet fant man at en folkerettslig regel måtte være tilstrekkelig klar og tydelig før domstolene hadde kompetanse til å sette lovgiverviljen til side, men et slikt krav er nå forlatt.<sup>343</sup> Dette innebærer at domstolene ikke trenger sikre holdepunkter i EMDs praksis for å sette norsk lov til side, eller tolke retten annerledes enn før. Det øker feilmarginen: når domstolene ikke trenger sikre holdepunkter for å sette norsk rett til side, risikerer man også at de gjør det i tilfeller hvor det ikke var nødvendig for å unngå brudd på EMK. Er domstolenes endringer da fortsatt legitime? Dette er rammen om vurderingen av rettsutviklingen.

---

<sup>342</sup> Skoghøy 2009 s. 386

<sup>343</sup> Arnesen/Stenvik 2009 s. 14, 77

## 8.2 Vurdering av Høyesteretts rettsutvikling

### 8.2.1 Hensyn bak begrunnelseskravet

I de studerte rettsavgjørelsene i kapittel 5, brukte Høyesterett primært EMDs praksis til å utlede hensyn bak begrunnelseskravet, og i liten grad til parallelltolking. Hensynene ble viktige for rettsutviklingen, særlig var etterprøvingshensynet et avgjørende argument både for at begrunnelsen var utilstrekkelig i Rt-2009-1439 og for at det burde føre til at lagmannsrettens dom ble opphevet. Hvor innflytelsesrik EMDs praksis var i disse sakene, vil dermed avhenge av om man ser hensynene som uttrykk for EMDs vurderinger eller som mer selvstendige argumenter.

I Rt-2009-1118, om begrunnelse av ankenektelser i sivile saker, brukte flertallet hensynene som selvstendige argumenter. I sakene om begrunnelse i jursaker, knyttet Høyesterett hensynene til EMDs praksis, men ofte svært løst. Allerede sammenfatningen i tre hensyn er Høyesteretts tolkning. Selv om hensynene kan knyttes til EMDs praksis, er det vanskelig å bruke praksisen til å gi dem et konkret innhold. Det gir Høyesterett stor frihet til å argumentere ut fra hensynene slik de ser best.

Skoghøy fremhever at domstolene er spesielt godt egnet til å prøve om inngrep i rettferdig rettergang lar seg forsvare. Mer politiske områder, for eksempel inngrep i eiendomsretten, mener han bør overlates til lovgiver.<sup>344</sup> Jeg er enig i at Høyesteretts dommere har svært høy kompetanse i prosess, også sammenlignet med våre folkevalgte. Det trenger ikke bety at alle sider ved rettferdig rettergang er lite politiske. Juryordningen har, som jeg viste i kapittel 4, vært mye debattert i Norge, og veier flere hensyn mot hverandre. Å endre arbeidsfordelingen mellom fagdommere og jury er å gripe inn i et område som er svært politisk ladet. Det er mindre grunn til å vise tilbakeholdenhet i ankenektelsessakene hvor mothensynene først og fremst er domstolenes ressursbruk.

I Bøhlerdommen ble det uttalt at det kan være grunn til å overlate avveininger av hensyn til lovgiver. Begrunneskravet i jursaker er, som vist i kapittel 4, et resultat av at ulike hensyn er veid mot hverandre, hvilket kunne tilsi tilbakeholdenhet fra Høyesterett

---

<sup>344</sup> Skoghøy 2011



med å veie hensynene annerledes. I sakene om begrunnelseskravet har Høyesterett ikke vist slik tilbakeholdenhet: I plenumsdommen veide ikke Høyesterett hensynene bak begrunnelseskravet mot andre hensyn, men vurderte om de var tilstrekkelig ivaretatt. Mothensynene, særlig hensynet til en klar arbeidsdeling mellom lagretten og fagdommerne, ble da nedprioritert. I de to senere avgjørelsene om begrunnelseskravet trekkes mothensynene i større grad inn som momenter.

Å vurdere begrunnelsen som er gitt ut fra hensynene bak begrunnelseskravet kan forstås som en måte å takle utfordringene ved å bruke EMDs praksis som rettskilde når de alltid foretar en bred helhetsvurdering av hver enkelt sak. Tredjepartsintervensjonen i *Taxquet* viser at flere medlemsland ønsker at EMDs prøving skal være så konkret som mulig. Det vanskeliggjør oppgaven for de av medlemslandene som ønsker å bruke EMD praksis til å tolke eller endre egen prosess. Storkammeravgjørelsen er lettere å bruke som rettskilde fordi den setter opp et prinsipielt utgangspunkt før den konkrete prøvingen.

I *Shala* så EMD ut til å godta Høyesteretts fremgangsmåte, og støttet det at hensynene var tilstrekkelig ivaretatt i norsk rett. Hvis Høyesterett har som mål å unngå domfellelse i Strasbourg, hvilket de sannsynligvis har, var strategien i plenumsdommen vellykket. I Rt-2009-1439 førte det å bygge på hensyn til at Høyesterett fanget opp det forklaringsbehov som kan oppstå når tingrettens frifinnende dom og lagmannsretten fellende blir lest i sammenheng. I *Fraumens* uttalte EMD at frifinnelse i førsteinstans øker behovet for informasjon, et standpunkt de også har tatt i *Salov*.

Å bygge på hensynene bak begrunnelseskravet har også medført et strengere krav til begrunnelse i norsk rett enn i EMD. Selv om EMD finner at det skaper et informasjonsbehov hvis tiltalte ble domfelt i førsteinstansen, følger det av deres faste praksis at det ikke er nødvendig å begrunne juryavgjørelser for å oppfylle kravene til rettferdig rettergang. Overprøvingshensynet ble også kraftig nedtonet i *Taxquet (SK)* sammenlignet med kammeravgjørelsen. Hvis det er en målsetting å unngå å endre norsk rett med mindre det er nødvendig for å hindre konvensjonsbrudd, kan strategien ses som mindre heldig.

### 8.2.2 Om det å endre norsk rett uten klare holdepunkter for at EMD krever det

En nasjonal domstol kan i utgangspunktet velge en av tre strategier i sitt forhold til EMDs praksis: «de kan innta en defensiv holdning og la internasjonale domstoler lede an; de kan

yte motstand mot avgjørelser og rettspraksis fra internasjonale domstoler; eller de kan aktivt ta del i utformingen av de internasjonale reglene gjennom sin tolkning»<sup>345</sup>. Ved å ivareta hensyn det er vanskelig å gi et klart innhold ut fra EMDs praksis, kan man spørre om Høyesterett inntok en defensiv holdning og endret retten for å forebygge domfellelse i EMD. Bildet kompliseres av at de endringer som ble gjort klart synes ønsket av Høyesterett. Høringsuttalelsen fra 2006 og intervjuet med Schei i 2008, begge pre *Taxquet*, uttrykker misnøye med informasjonsmengden i lagmannsrettens dommer. EMDs praksis kan dermed ses som et middel Høyesterett brukte til å fremme en ønsket rettsutvikling, som bedre grunnlag for å prøve lagmannsrettens lovforståelse.

Dette trenger ikke å bety at Høyesterett strekker EMDs praksis lenger enn de selv mente det var grunnlag for. Hvis de bifaller den retning EMDs praksis tar, vil Høyesterett sannsynligvis gjøre liten motstand mot å bruke EMDs praksis til å omfortolke norsk rett og kanskje overvurdere de krav EMD stiller. Når Høyesterett har utviklet et strengere begrunnelseskrav enn minimumskravet i EMD, befinner man seg i utgangspunktet utenfor den kompetanse Høyesterett er gitt av Stortinget i menneskerettsloven. Endringenes legitimitet må da vurderes innenfor grensene av Høyesteretts muligheter til rettsskaping generelt.<sup>346</sup>

Å tolke inn et unntak hvor begrunnelse kreves i juriesakene ligner på den begrunnelsen som tidligere unntaksvis ble påkrevd for ankenektelser i straffesaker. Høyesterett trengte ikke noe konvensjonsvern for å tolke inn det unntaket, og den unntaksvis begrunnelsesplikten i juriesaker kan også ses som innenfor rammene av domstolenes rettsskapende virksomhet. Hvor langt det er domstolenes oppgave å drive normutvikling med utgangspunkt i internasjonale regler, er et spørsmål det ikke finnes noe klart svar på i norsk rett.<sup>347</sup>

Legitimiteten til Høyesteretts rettsutvikling, vil avhenge av hvor omfattende rettigheter man mener domstolene er satt til å verne om, og hvilket armslag de bør ha for å ivareta rettsikkerheten. Straff er et svært alvorlig inngrep overfor borgere, hvilket fører til et stort behov for rettsikkerhet. Det er derfor mulig å se begrunnelse som en viktig rettsikkerhets-

---

<sup>345</sup> Ulfstein 2011 s. 43

<sup>346</sup> Johnsen 2002 s. 600

<sup>347</sup> Arnesen/Stenvik 2009 s. 143

garanti som Høyesterett er satt til å verne om, slik at deres økte krav til saksbehandlingen er legitime og ønskelige. En forståelse av maktfordelingslæren som gir lovgiver en mer overordnet rolle, kanskje spesielt i saker hvor ulike hensyn må veies mot hverandre, kan derimot tilsa at Høyesterett her gikk ut over sin kompetanse.

### 8.3 Dialoghensynet

I kapittel 7 viste jeg at EMD er lydhøre for de nasjonale domstolene som ønsker å gå i dialog med dem, og at dette påvirker hvordan de vurderer enkeltsaker. Som beskrevet innledningsvis i avhandlingen ga Høyesterett i Bøhlerdommen uttrykk for et ønske om dialog med EMD. Det er følgelig nærliggende at Høyesterett vil benytte seg av muligheten til dialog og påvirkning.

Slik kommunikasjon mellom domstoler kan ses som en hensiktsmessig arbeidsfordeling. EMD er bedre rustet til å foreta evolutiv tolkning fordi Høyesterett savner det makroperspektiv som EMD har, og har mindre ressurser til å vurdere retten komparativt.<sup>348</sup> Høyesterett har på sin side det fortrinn at de er eksperter på norsk rett. Dette er særlig en fordel ved vurderinger etter artikkel 6 hvor prosessen vurderes som helhet. Det er vanskelig å gripe helheten i andre lands prosess, selv når man er en godt trent jurist (hvilket ikke alle EMDs dommere er). Begge domstoler kan tjene på samarbeid: EMD ved at de kan ta utgangspunkt i nasjonale domstolars fremstilling og vurderinger, og slik spare arbeid, Høyesterett ved at deres argumentasjon om norsk prosess får innpass i EMD.

Høyesteretts ønske om dialog med EMD er blitt kritisert for at norske domstolars påvirkningsmuligheter er små: det er få norske saker som kommer til EMD, og sannsynligvis få andre medlemsland bryr seg om hva norske domstoler driver med.<sup>349</sup> Skotske domstolars bruk av norsk rettspraksis viser at dette ikke er uten unntak. Dialogmulighetene vil dessuten avhenge av hvor ambisiøst man ønsker å påvirke: det er nok lettere å påvirke EMDs tolkning av hvorvidt norsk straffeprosess er i samsvar med EMK enn å påvirke deres tolkning av artikkel 6 generelt. Praksisen jeg har analysert, støtter det inntrykket.

---

<sup>348</sup> Frøberg 2007 s. 182, se også Rt-2000-996 s. 1008

<sup>349</sup> Stub 2011 s. 144

Dessuten kan Norge intervenere i saker mot andre medlemsland, en måte å fremme «norske» argumenter på som jeg ikke har sett noen argumentere for. Tredjepartsintervensjon er skriftlig, og trenger derfor ikke være veldig ressurskrevende. Norge kunne (og burde nok) intervenert i storkammerbehandlingen av *Taxquet*. Storbritannia og Irlands anførsler ble i stor grad imøtegått av EMD. Meg bekjent er det svært sjelden at norske myndigheter har intervenert i Strasbourg. De eneste eksempler jeg kjenner til er *A. mot Storbritannia* (2002), som gjaldt hvorvidt folkevalgte beskyttelse mot rettsforfølgning for innlegg de holder i parlamentet hindret tilgangen på en domstol og *Bäck mot Finland* (2004) som omhandlet hvorvidt tvungen gjeldsordning strider mot retten til eiendom.

Dialoghensynet vurderes ofte ut fra mulighetene til å «beskytte» norsk rett mot sanksjoner fra Strasbourg, så også i Bøhlerdommen. I sakene om begrunnelse i jursaker, ser det ut til at både Høyesterett og EMD ønsker bedre begrunnede avgjørelser, og slik trekker samme vei. Domstolene kan derfor være selvforsterkende på bekostning av demokratihensyn.

Lasser ser ut til å mene at det rettighetsregimet som har vokst frem forsterkes av at det i dag er så mange domstoler, nasjonale og internasjonale, som forvalter disse rettighetene.

The most empowering strategy for any given court is to embrace and even seek to lead the emerging regime by aggressively developing expansive fundamental rights positions. This ‘maximalist’ approach offers several advantages: it is the most effective means to disable and trump troublesome interpretations by legal competitors, to maintain control over one’s own institution, and to exercise institutional and intellectual leadership in the emerging judicial order.<sup>350</sup>

En slik “rettighetsstrategi” innebærer makt til domstolene, ikke bare i deres forhold til lovgiver, men også i deres forhold til hverandre. Den strategi Høyesterett har valgt, å aktivt tolke og bruke EMK og EMDs praksis som rettskilde, kan også forstås som en strategi hvor

---

<sup>350</sup> Lasser 2009 s. 5

Høyesterett forblir Høyesterett og har det siste ord i de aller fleste norske rettsspørsmål. Høyesterett trenger ikke være passive mottakere av EMDs syn. Praksisen om begrunnelseskravet viser at Høyesterett bruker EMDs praksis som utgangspunkt for relativt selvstendige vurderinger. Selv om utgangspunktet i plenumsdommen var EMDs praksis, er det i dag praksis fra Høyesterett som bestemmer om norsk dommer er tilstrekkelig begrunnet, ikke praksis fra EMD.

De dommene jeg har studert viser at EMD favoriserer vurderingen til domstoler som argumenterer på en spesiell måte, nemlig de som har en omfattende argumentasjon med utgangspunkt i individuelle rettigheter. Dette vil nok i stor grad sammenfalle med land som har en forståelse av maktfordeling hvor et domstolskapt rettighetsvern står sentralt. Alle medlemslandenes domstoler er dermed ikke inkludert i en slik kommunikasjon. Fransk rettstradisjon har tradisjonelt vært mer opptatt av allmennviljen, uttrykt i lovene, og mindre opptatt av domstolskontroll med lovgivningen.<sup>351</sup> Denne rettskulturen, som særlig gjelder Belgia, Frankrike, Nederland og Portugal, defavoriseres dermed av EMD.<sup>352</sup> Dommere i disse landene kan dermed «tjene på» å utvikle mer omfattende argumentasjon i sine dommer knyttet til individuelle rettigheter.

#### **8.4 Fremtidens begrunnelseskrav**

Ubegrunnede juryavgjørelser passer dårlig med den generelle samfunnsutviklingen som har beveget seg mot større grad av åpenhet og innsyn, og fremstår som et påfallende unntak fra at myndighetene skal begrunne sine avgjørelser. Det er ekstra påfallende at dette unntaket er forbeholdt de mest inngripende avgjørelsene. Begrunnelse influerer utfallet i saken, og hva som skjer med den videre. Begrunnede juryavgjørelser bør derfor betraktes som mer ønskelig enn noen gang.

Endringer i begrunnelseskravet fremover kan enten skje gjennom domstolene eller ved lovgivning. Det har ikke vært noen norsk domstolskapt utvikling av begrunnelseskravet i jursaker siden 2010, men i EMD kan det komme. Fire saker mot Frankrike om

---

<sup>351</sup> Sæther Mæhle 2005 s. 38

<sup>352</sup> Lasser 2009 s. 31

problemstillingen er tatt inn til behandling, og tretten mot Belgia.<sup>353</sup> Når de blir behandlet kan de bidra til nyansering av hvordan begrunnelseskravet i jursaker skal forstås, eller det kan foretas en rettsutvikling i sakene. Med mindre EMD foretar en rettsutvikling, vil sakene sannsynligvis ha liten betydning for begrunnelseskravet i norsk rett siden det i dag er strengere enn kravet i EMD.

En rettsutvikling i EMD er mulig. Som følge av *Taxquet* har Belgia og Frankrike vedtatt at straffedommer skal begrunnes, også når skyldspørsmålet er avgjort av en jury, og de krav som stilles til begrunnelse i Norge er hevet. I *Taxquet (K)* hevdet EMD at flere av medlemslandene hadde innført begrunnelse i jursaker. I 2009 er jeg uenig i at det var tilfellet, men i dag blir jursakene bedre begrunnet enn for fem år siden. I storkammerbehandling av *Taxquet* var det bare Spania og kantonen Genève som hadde begrunnede juryavgjørelser.<sup>354</sup> Det stemmer ikke lenger. EMD kan bruke dette til å stille høyere krav ved å hevde at det foreligger endrede samfunnsforhold.

For Norges vedkommende er det ikke usannsynlig at begrunnede juryavgjørelser vil innføres ved lovregler. Juryutvalget var enige om at skyldspørsmålet bør være begrunnet uansett om juryen beholdes eller ikke, og både Høyre og Arbeidspartiet hadde i sine Stortingsprogrammer for 2009-2013 at juryordningen skulle erstattes med en stor meddomsrett, som da forutsetningsvis vil begrunne sine avgjørelser.<sup>355</sup> Nye lovregler vil sannsynligvis føre til flere og bedre begrunnelser, og dermed rettsikkerhet, enn det unntak Høyesterett har tolket inn. Samtidig viser tidligere lovforberedelser om bruk av jury at utredningens konklusjon ikke er avgjørende for hva som blir vedtatt senere. Til tross for en langvarig kritikk har tradisjonen med ubegrunnede jurykjennelser vært forbausende seiglivet.

---

<sup>353</sup> *Bodein, Malon, Ait Oud, Devriendt, Khaledian, Kurt, Lhermitte, Magy og Torrens, Maillard, Yimam*

<sup>354</sup> *Taxquet (SK)* avsnitt 56

<sup>355</sup> Høyre Stortingsprogram 2009-2013 s. 49, Arbeiderpartiets Stortingsprogram 2009-2013 s. 48. Høyres stortingsprogram 2013-2017 har beholdt dette, se s. 78. Arbeiderpartiet ikke har noe om jury i sitt Stortingsprogram 2013-2017, men vil utrede bruk av lyd- og bildeopptak, se s. 70.

## 9 Litteraturliste

### 9.1 Litteratur

- Andenæs 1984                      Andenæs, Johs.: «Tanker omkring ny norsk straffeprosesslov». I: Jussens venner 1984. s. 123-139  
Lest på lovdata.no
- Andenæs 2000                      Andenæs, Johs: *Norsk straffeprosess. Bind II.* 3. utgave. Oslo 2000
- Andenæs/Myhrer 2009              Andenæs, Johs.: *Straffeprosess.* 4. utg. ved Torgeir Myhrer. Oslo, 2009.
- Andenæs/Myhrer 2010              Andenæs 2010 Andenæs, Johs.: *Straffeprosess.* 4. utg. ved Torgeir Myhrer. Oslo, 2010.
- Arnesen/Stenvik 2009              Arnesen, Finn og Stenvik, Are: *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett.* Oslo, 2009.
- Arnstad 2008                      Arnstad, Iwar: «Tore Schei. Unorsk med internasjonalt blikk». I: Rett på sak nr. 3 2008 s. 21-23  
Lest på:  
<http://www.domstol.no/no/Domstoladministrasjonenno/Publikasjoner/Rett-pa-sak/>
- Aulstad 2005                      Aulstad, Johan Greger: «Forholdet mellom forvaltningen og domstolene i norsk rett» i: *Förvaltningsrättslig tidsskrift* 2005

s. 381-400

- Backer 2009a                      Backer, Inge Lorange: «Den europeiske menneskerettsdomstol. Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet». I: Nytt norsk tidsskrift 2009 s. 278-285
- Backer 2009b                      Backer, Inge Lorange: «Feller Den Europeiske menneskerettsdomstol juryen?» I: Tidsskrift for strafferett 2009 s. 301-330.
- Bendiksen 2009                      Bendiksen, Lena: «Dommer og avvisningsavgjørelser av Den europeiske menneskerettsdomstol». I: *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift for Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år. 2009 s. 58-76*
- Bjerke/Keiserud 2001                      Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik: *Straffeprosessloven. Kommentartutgave. 3. utgave. Oslo 2001*
- Bosly 2008                              Bosly, Henri-D., Vandermeersch, Damien og Beernaert, Marie-Aude: *Droit de la procédure pénale. Brugge, 2008.*
- Bratza 2011                              Bratza, Nicolas: «The relationship between the UK courts and Strasbourg». I: European Human Rights Law Review 2011.
- Eckhoff/Smith 2010                      Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsrett. 9. utgave. Oslo 2010*
- Frøberg 2007                              Frøberg, Thomas: «EMDs praksis som norsk rettskildefaktor». I: Jussens venner 2007 nr 3



- Garde/Strandbakken 2001 Garde, Peter og Strandbakken, Asbjørn: «Juryen: avskaffe, reformere eller begrense bruken av den?» 2001
- Graver 2006 Graver, Hans Petter: «I prinsippet prinsipiell» i: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2006
- Graver 2007 Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*. Oslo, 2007.
- Guinchard/Buisson 2008 Guinchard, Serge og Buisson, Jacques: *Procédure pénale*. Paris, 2008.
- Hervieu 2013 Hervieu, Nicolas: «Droit à un procès équitable (Art. 6 CEDH) : La motivation des arrêts d’assises en France sous les fourches caudines européennes ». I: Lettres «Actualités Droits-Libertés» CREDOF La revue des droits de l’homme. 2013  
Lest på : <http://revdh.org/2013/01/11/motivation-arrets-assises-en-france-fourches-caudines-europeennes/>
- Hov 2009 Hov, Jo: *Innføring i prosess*. Oslo, 2009.
- Høstmælingen 2012 Høstmælingen, Njål: *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utgave. Oslo, 2012.
- Jebens 2004 Jebens, Sverre Erik: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004.
- Johnsen 2002 Johnsen, Jon T.: «Menneskerettsvernet i straffeprosessen. Er det behov for en mer aktiv lovgiver?». I: Lov og rett 2002 s. 585-605

- Kjølbrot 2007 Kjølbrot, Jon Fridrik: *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*. 2. utgave. København, 2007.
- Kjølbrot 2010 Kjølbrot, Jon Fridrik: *Den europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*. 3. utgave. København, 2010.
- Langbach 2008 Langbach, Tor: “Ytring – Ikke et forsvar for juryen”. I: Tidsskrift for strafferett 2008 s. 375-378
- Lasser 2009 Lasser, Mitchel de S.-O.-L’E.: *Judicial transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*. Oxford, 2009.
- Leverick 2007 Leverick, Fiona: *The return of the unreasonable jury: Rooney v HM Advocate*. Edinburgh Law Review, 11 (3). pp. 426-430. ISSN 1364-9809. 2007  
Lest på: <http://eprints.gla.ac.uk/37947/>
- Lorenzen m. fl. 2011 Lorenzen, Peer; Christoffersen, Jonas; Holst-Christensen, Nina; Kessing, Peter Vedel; Schaumburg-Müller, Sten; Vedsted-Hansen, Jens: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*. 3. utgave. København, 2011.
- Nygard 2010 Nygard, Lars-Jonas: «Juryavgjørelser skal begrunnes – men av hvem?». I: Lov og rett nr. 6 2010b
- Pradel 2008 Pradel, Jean: *Procédure pénale*. Paris, 2008.
- Rui 2010 Rui, Jon Petter: *EMK-retten frem mot 2020*. I: Tidsskrift for strafferett. 2010 s. 365-383.
- Ruud/Ulfstein 2011 Ruud, Morten og Ulfstein, Geir: *Innføring i folkerett*. Oslo,

2011.

- Schei 2009                      Schei, Tore: «Overraskende reaksjoner». I: Aftenposten 30. desember 2009
- Skoghøy 2009                      Skoghøy, Jens Edvin A.: *Fra jury til meddomsrett*. I: Lov og rett. 2009, s. 385-386.
- Skoghøy 2011                      Skoghøy, Jens Edvin A.: *Nasjonal skjønnsmargin etter EMK*. I: Lov og rett. 2011 (nr 4)
- Steiner 2010                      Steiner, Eva: *French Law. A comparative approach*. Oxford, 2010.
- Strand 2012                      Strand, Vibeke Blaker: «En diskrimineringsrettslig tilnærming versus en velferdsrettslig tilnærming for bedring av utsatte grupper og individers rettsstilling». I: Retfærd. 2012 s. 55-80
- Strandbakken 2009                      Strandbakken, Asbjørn: *Juryen for fall? Noen refleksjoner etter Taxquet vs. Belgia*. I: Kritisk juss. 2009
- Stub 2011                      Stub, Marius: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*. Oslo, 2011.
- Sulland 2008                      Sulland, Frode: «Ytring – Forsvar for juryen». I: Tidsskrift for strafferett 2008 s. 253-257
- Sæther Mæhle 2005                      Sæther Mæhle, Synne: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn. Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Oslo, 2005.

Ulfstein 2011	Ulfstein, Geir: «Internasjonale domstoler i et konstitusjonelt perspektiv». I: Nytt norsk tidsskrift. 2011 s. 38-46
Aall 2011	Aall, Jørgen: <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> . Bergen, 2011.
Aall 2013	All, Jørgen: «Prosessuelle garantier og forholdsmessighet i straffeprosessen». I: Jussens venner nr. 4 2013.

## **9.2 Lover og konvensjoner**

### 9.2.1 Norske lover

Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 (Grunnloven)

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Alle norske lover er lest på [lovdata.no](http://lovdata.no)

### 9.2.2 Konvensjoner

Europarådet konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter)

Statuttene til den internasjonale domstolen av 26. juni 1945

Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter av 12. desember 2007

Den amerikanske menneskerettskonvensjonen av 22. november 1969

Konvensjonen om implementering av Schengen-avtalen av 14. juni 1985

### 9.2.3 Franske lover

Code de procédure pénale

Menneskerettserklæringen fra 1789, inkorporert i Frankrikes grunnlov av 4. oktober 1958

Franske lover er lest på: <http://www.legifrance.gouv.fr/>

### 9.2.4 Belgiske lover

Code d'instruction criminelle

Lest på: <http://www.droitbelge.be/codes.asp>

## 9.3 Forarbeider

NUT 1958: 3 «Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning»

NUT 1969: 3 «Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)»

NOU 1992: 28 «To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker»

NOU 1993: 18 «Lovgivning om menneskerettigheter»

NOU 2003: 19 «Makt og demokrati»

NOU 2011: 13 «Juryutvalget - Når sant skal skrives»

Inst.O. nr. 137 (1992-1993) «Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven mv (to-instansbehandling, anke og juryordning)»

Inst.O. nr. 51 (1998-99) «Innstilling fra justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettene si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)»

Ot.prp.nr.35 (1978-1979) «Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)»

Ot.prp. nr. 53 (1983-84) «Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m. m.»

«Høring – hurtigere behandling av straffesaker» 2006

Lest på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2006/horing-hurtigere-behandling-av-straffesa.html?id=271028>

Høyesteretts høringsuttalelse til «hurtigere behandling i straffesaker» av 14. desember 2006  
Mottatt ved forespørsel til justisdepartementet.

Høyesteretts høringsuttalelse til NOU 2011: 13 «Når sant skal skrives» av 7. februar 2012  
Lest på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2011/horing-nou-2011-13-nar-sant-skal-skriv/horingsuttalelser.html?id=653621>

Høringsnotat om endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 (personforfølgelse, voldtekt og andre seksuelle overgrep, formidling av prostitusjon, forberedelse til tvangsekteskap, foreldelsesregler mv.) av 8. februar 2013 Snr. 20123307

Lest på: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2013/horing--endringer-i-straffeloven-1902-og/horingsnotat.html?id=714314>

## **9.4 Rettsavgjørelser**

### **9.4.1 Høyesterett**

Rt. 1981 s. 745 (Isene)

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)

Rt. 2000 s. 1056

Rt. 2002 s. 1530

Rt. 2005 s. 833 (usklydspresumsjonen)

Rt. 2007 s. 561

Rt. 2007 s. 583

Rt. 2007 s. 961

Rt. 2007 s. 1781

Rt. 2008 s. 1764 (ankenektelse)

Rt. 2009 s. 750

Rt. 2009 s. 1118

Rt. 2009 s. 1439

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2010 s. 641

Rt. 2010 s. 865

Rt. 2011 s. 641

Rt. 2013 s. 374

Dommene er lest på lovdata.no

#### 9.4.2 Lagmannsrett

LB-2008-179697

LH-2008-185074

Dommene er lest på lovdata.no

#### 9.4.3 Tingrett

Trondenes tingrett 17.10.2008

Mottatt på PDF ved forespørsel til Trondenes tingrett.

#### 9.4.4 Den europeiske menneskerettsdomstolen, inklusive avgjørelser fra Den europeiske kommisjonen

<i>Sak</i>	<i>Forkortelse</i>	<i>Application no.</i>	<i>Dato</i>
A. mot Storbritannia		35373/97	17/12/2002
Agnelet mot Frankrike	<i>Agnelet</i>	61198/08	10/01/2013
Ait Oud mot Belgia	<i>Ait Oud</i>	25699/09	04/04/2013
Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia	<i>Al-Khawaja og Tahery</i>	26766/05 22228/06	15/12/2011
Assanidzé mot Georgia	<i>Assanidzé</i>	71503/01	08/04/2004
Bäck mot Finland	<i>Bäck</i>	20/07/2004	37598/97
Beggs mot Storbritannia	<i>Beggs</i>	25133/06	06/11/2012



Bodein mot Frankrike	<i>Bodein</i>	40014/10	23/11/2011
Butt mot Norge	<i>Butt</i>	47017/09	04/12/2012
Christine Goodwin mot Storbritannia	<i>Christine Goodwin</i>	28957/95	11/07/2002
Condron mot Storbritannia	<i>Condron</i>	35718/97	02/05/2000
Cossey mot Storbritannia	<i>Cossey</i>	10843/84	27/09/1990
Creangă mot Romania	<i>Creangă</i>	29226/03	23/02/2012
Delcourt mot Belgia	<i>Delcourt</i>	2689/65	17/01/1970
Devriendt mot Belgia	<i>Devriendt</i>	32001/07	29/05/2012
Ekelund mot Sverige	<i>Ekelund</i>	63987/00	25/11/2003
Engel og andre mot Nederland	<i>Engel</i>	5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72	08/06/1976
The Firestone Tire and Rubber Co. Firestone Tire and Rubber co. LTD og The International Synthetic Rubber co. ltd mot Storbritannia	<i>Firestone</i>	5460/72	02/04/1973

Fraumens mot Frankrike	<i>Fraumens</i>	30010/10	10/01/2013
G. mot Storbritannia		37334/08	30/08/2011
Georgiadis mot Hellas	<i>Georgiadis</i>	21522/93	29/05/1997
Goktepe mot Belgia	<i>Goktepe</i>	50372/99	02/06/2005
Hadjianastassiou mot Hellas	<i>Hadjianastassiou</i>	12945/87	16.12.1992
Hirvisaari mot Finland	<i>Hirvisaari</i>	49684/99	27/09/2001
Jose Manuel Bellerín Lagares mot Spania	<i>Bellerín Lagares</i>	31548/02	04/11/2003
Judge mot Storbritannia	<i>Judge</i>	35863/10	08/02/2011
Jussila mot Finland	<i>Jussila</i>	73053/01	23/11/2006
Khaledian mot Belgia	<i>Khaledian</i>	42874/09	29/05/2012
Kurt mot Belgia	<i>Kurt</i>	17663/10	02/04/2013
Lawless mot Storbritannia	<i>Lawless</i>	44324/11	16/10/2012
Legillon mot Frankrike	<i>Legillon</i>	53406/10	10/01/2013
Lhermitte mot Belgia	<i>Lhermitte</i>	34238/09	29/05/2012
Lindheim og andre mot Norge	<i>Lindheim</i>	13221/08	12/06/2012

		2139/10	
Magy og Torrens mot Belgia:	<i>Magy og Torrens</i>	43137/09 14754/10	02/04/2013
Maillard mot Belgia	<i>Maillard</i>	23530/08	07/09/2012
Malon m. fl. mot Frankrike	<i>Malon</i>	32770/11 23487/12 10485/13	05/09/2013
Múčková mot Slovakia	<i>Múčková</i>	21302/02	13/06/2006
Nunez mot Norge	<i>Nunez</i>	55597/09	28/06/2011
O'Halloran og Francis mot Storbri- tannia	<i>O'Halloran og Francis</i>	15809/02 25624/02	29/06/2007
Oulahcène mot Frankrike	<i>Oulahcène</i>	44446/10	10/01/2013
Papon mot Frankrike	<i>Papon</i>	54210/00	15/11/2001
Paterson mot Storbritannia	<i>Paterson</i>	19923/10	22/05/2012
Planka mot Østerrike	<i>Planka</i>	25852/94	15/05/1996
R. mot Belgia		15957/90	30/03/1992
Ruiz Torija mot Spania	<i>Ruiz Torija</i>	18390/91	09/12/1994

S. og Marper mot Storbritannia	<i>S. og Marper</i>	30562/04 30566/04	04/12/2008
Salov mot Ukraina	<i>Salov</i>	65518/01	06/09/2005
Saric mot Danmark	<i>Saric</i>	31913/96	02/02/1999
Shala mot Norge	<i>Shala</i>	1195/10	10/07/2012
Sindicatul "PĂSTORUL CEL BUN" mot Romania	« <i>PĂSTORUL CEL BUN</i> »	2330/09	09/07/2013
Suominen mot Finland	<i>Suominen</i>	37801/97	01/07/2003
Tatishvili mot Russland	<i>Tatishvili</i>	1509/02	22/02/2007
Taxquet mot Belgia (kammer)	<i>Taxquet (K)</i>	926/05	13/01/2009
Taxquet mot Belgia (storkammer)	<i>Taxquet (SK)</i>	926/05	16/11/2010
Van der Hurk mot Nederland	<i>Van der Hurk</i>	16034/90	19/04/1994
Voica mot Frankrike	<i>Voica</i>	60995/09	10/01/2013
Yimam m.fl. mot Belgia	<i>Yimam</i>	39781/09 43305/09 45285/09 56280/09 9772/10	10/01/2013

Zarouali mot Belgia	<i>Zarouali</i>	20664/92	29/06/1994
Zolotukhin mot Russland	<i>Zolotukhin</i>	14939/03	10/02/2009
X. mot Vest-Tyskland		8769/79	16/07/1981

Dommene er lest på <http://hudoc.echr.coe.int>

#### 9.4.5 Appeal Court, Skottland

Beggs vs HM Advocate\_[2010] HCJAC 27

#### 9.4.6 Conseil constitutionnel, Frankrike

Decision n° 2011-113/115 QPC av 1. April 2011

Journal officiel du 2 avril 2011, p. 5893

Lest på: [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr)

#### 9.4.7 Cour de cassation, Frankrike

Cour de cassation, Chambre criminelle, N° de pourvoi: 08-86480 av 14. oktober 2009

Lest på: [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr)

#### 9.4.8 FNs menneskerettighetskomité

Communication No. 1542/2007 av 2. september 2008 (restauratørsaken)

Lest på:

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=17&ctl00\\_PlaceHolderMain\\_radResultsGridChangePage=30](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=17&ctl00_PlaceHolderMain_radResultsGridChangePage=30)

## 9.5 Annet

Generell kommentar 32

Lest på:

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11)

Arbeiderpartiets stortingsprogram 2009-2013

Lest på: <http://www.nsd.uib.no/polsys/data/filer/parti/10337.pdf>

Arbeiderpartiets stortingsprogram 2013-2017

Lest på: <http://www.nsd.uib.no/polsys/data/parti/partidokumentarkivet/>

Høyres stortingsprogram 2009-2013

Lest på:

[http://www.hoyre.no/www/politikk/hoyres\\_programmer/H%C3%B8yres+stortingsvalgprogram+2009-2013.d25-ThlbWXR.ips](http://www.hoyre.no/www/politikk/hoyres_programmer/H%C3%B8yres+stortingsvalgprogram+2009-2013.d25-ThlbWXR.ips)

Høyres stortingsprogram 2013-2017

Lest på:

[http://www.hoyre.no/www/politikk/hoyres\\_programmer/hoyres\\_stortingsvalgprogram\\_2013-2017/Her+kan+du+lese+H%C3%B8yres+stortingsvalgprogram+2013-2017.d25-TNILY03.ips](http://www.hoyre.no/www/politikk/hoyres_programmer/hoyres_stortingsvalgprogram_2013-2017/Her+kan+du+lese+H%C3%B8yres+stortingsvalgprogram+2013-2017.d25-TNILY03.ips)

## **10 Appendiks - oversettelser**

### **10.1 Sitat fra R. mot Belgia, sitert på s. 22**

«Ut fra sin gjennomgang av det belgiske systemet, konstaterer Kommisjonen at selv om juryen bare kan svare «ja» eller «nei» på spørsmålene de blir stilt av rettens leder, utgjør disse spørsmålene en renning (trådene som går på langs i en vevstol) som legger grunnlaget for avgjørelsen. Spørsmålenes presisjon – som kan stilles på bakgrunn av forespørsler fra påtalemyndigheten og forsvareren – gjør, etter Kommisjonens syn, at juryens korte svar kompenseres på en adekvat måte. Vurderingen forsterkes av at domstolen (cour d’assises) må begrunne det hvis den nekter å stille juryen spørsmål som forsvaret eller påtalemyndigheten har bedt om». (min oversettelse)

### **10.2 Code d’instruction criminelle artikkel 323, sitert på s. 56**

«Spørsmålet som utgår fra tiltalen, stilles på følgende måte: « Er tiltalte skyldig i å ha begått dette mordet, dette tyveriet, eller denne andre forbrytelsen? » » (min oversettelse)

### **10.3 Menneskerettserklæringen av 1789 artikkel 7 (utdrag), sitert på s. 103**

«Ingen kan anklages, arresteres eller settes i fengsel utenom i de tilfeller som loven bestemmer, og i samsvar med de former som den har foreskrevet. De som tilskynder til, besørger, utfører eller lar utføre vilkårlige befalinger, skal straffes». (min oversettelse)

### **10.4 Sitat fra Fraumens, sitert på s. 107-108**

«fordi tiltalte ble frikjent i førsteinstansen og deretter funnet skyldig i ankeomgangen, og i tillegg ble idømt en svært streng straff, måtte han ha tilgang på faktorer som gjorde ham i stand til å forstå dommen hvor han ble funnet skyldig: det kunne ikke være tilfellet etter en sammenholdt gjennomgang av tiltalen og de to spørsmålene som ble stilt juryen i saken». (min oversettelse)

## **10.5 Sitat fra Legillon, sitert på s. 109**

The Court considers, however, that he cannot claim that this factor in itself prevented him from understanding the verdict, particularly in view of the fact that the acts in question were committed by an ascendant against victims within his immediate circle who were under the age of majority. (oversettelse fra hudoc)

## **10.6 Taxquet (K) avsnitt 41-49**

41. The requirement for reasons to be given must also accommodate any unusual procedural features, particularly in assize courts, where the jurors are not required to give reasons for their personal convictions.

42. The Court notes that in the Zarouali and Papon cases (both cited above), the Commission and the Court found that “although the jury could answer only 'yes' or 'no' to each of the questions put by the President, those questions formed a framework on which the jury's decision was based”, that “the precision of those questions sufficiently offsets the fact that no reasons are given for the jury's answers” and that “this appraisal is reinforced by the fact that the Assize Court must state its reasons for refusing to refer a question from the prosecution or the defence to the jury”.

43. However, since the Zarouali case there has been a perceptible change in both the Court's case-law and the Contracting States' legislation. In its case-law the Court has frequently held that the reasoning provided in court decisions is closely linked to the concern to ensure a fair trial as it allows the rights of the defence to be preserved. Such reasoning is essential to the very quality of justice and provides a safeguard against arbitrariness. Thus, certain States, such as France, have made provision for the right of appeal in assize court proceedings and for the publication of a statement of reasons in assize court decisions.

44. The Court considers that while it is acceptable for a higher court to set out the reasons for its decisions succinctly by simply endorsing the reasons for the lower court's decision, the same is not necessarily true of a court of first instance, particularly one sitting in a criminal case.

45. The Court notes that the Assize Court's judgment in the applicant's case was based on thirty-two questions that were put to the jury at his trial. The applicant was concerned by four of them, which the Court considers it useful to reiterate:

“Question no. 25 – PRINCIPAL COUNT



Is the accused Richard Taxquet, who is present before this court, guilty,  
as principal or joint principal,  
of having knowingly and intentionally killed [A.C.] in Liège on 18 July 1991?

Question no. 26 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE:

Was the intentional homicide referred to in the previous question premeditated?

Question no. 27 – PRINCIPAL COUNT

Is the accused Richard Taxquet, who is present before this court, guilty,  
as principal or joint principal,

...

of having attempted knowingly and intentionally to kill [M.-H.J.] in Liège on 18 July 1991, the intention to commit the offence having been manifested by conduct which objectively constituted the first step towards perpetration of the offence and which was halted or failed to attain the aim pursued only as a result of circumstances outside the control of its perpetrator?

Question no. 28 – AGGRAVATING CIRCUMSTANCE:

Was the attempted intentional homicide referred to in the previous question premeditated?"

46. The jury answered all the questions in the affirmative.

47. The Court further notes that the same questions were put to the jury in respect of all eight defendants and were not adapted to each individual case. In this connection, the Court observes that in the case of *Goktepe v. Belgium* (no. [50372/99](#), 2 June 2005), where admittedly there were objective aggravating circumstances, it found a violation of Article 6 on account of the Assize Court's refusal to put distinct questions in respect of each defendant as to the existence of such circumstances, thereby denying the jury the possibility of determining the applicant's individual criminal responsibility.

48. In the instant case, the questions to the jury were formulated in such a way that the applicant could legitimately complain that he did not know why each of them had been answered in the affirmative when he had denied all personal involvement in the alleged

offences. The Court considers that such laconic answers to vague and general questions could have left the applicant with an impression of arbitrary justice lacking in transparency. Not having been given so much as a summary of the main reasons why the Assize Court was satisfied that he was guilty, he was unable to understand – and therefore to accept – the court's decision. This is particularly significant because the jury does not reach its verdict on the basis of the case file but on the basis of the evidence it has heard at the trial. It is therefore important, for the purpose of explaining the verdict both to the accused and to the public at large – the “people” in whose name the decision is given – to highlight the considerations that have persuaded the jury of the accused's guilt or innocence and to indicate the precise reasons why each of the questions has been answered in the affirmative or the negative.

49. In these circumstances, the Court of Cassation was prevented from carrying out an effective review and from identifying, for example, any insufficiency or inconsistency in the reasoning.

### **10.7 Taxquet (SK) avsnitt 84, 90 og 92, sitter på henholdsvis s. 86, 87 og 88**

84. Accordingly, the institution of the lay jury cannot be called into question in this context. The Contracting States enjoy considerable freedom in the choice of the means calculated to ensure that their judicial systems are in compliance with the requirements of Article 6. The Court's task is to consider whether the method adopted to that end has led in a given case to results which are compatible with the Convention, while also taking into account the specific circumstances, the nature and the complexity of the case. In short, it must ascertain whether the proceedings as a whole were fair (see *Edwards v. the United Kingdom*, 16 December 1992, § 34, Series A no. 247-B, and *Stanford v. the United Kingdom*, 23 February 1994, § 24, Series A no. 282-A).

90. It follows from the case-law cited above that the Convention does not require jurors to give reasons for their decision and that Article 6 does not preclude a defendant from being tried by a lay jury even where reasons are not given for the verdict. Nevertheless, for the requirements of a fair trial to be satisfied, the accused, and indeed the public, must be able to understand the verdict that has been given; this is a vital safeguard against arbitrariness. As the Court has often noted, the rule of law and the avoidance of arbitrary power are principles underlying the Convention (see, among many other authorities, *mutatis mutandis*, *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. [32555/96](#), § 116, ECHR 2005-X). In the judicial sphere, those principles serve to foster public confidence in an objective and transparent justice system, one of the foundations of a democratic society (see *Suominen v. Finland*, no. [37801/97](#), § 37, 1 July 2003, and *Tatishvili v. Russia*, no. [1509/02](#), § 58, ECHR 2007-III).

92. In the case of assize courts sitting with a lay jury, any special procedural features must be accommodated, seeing that the jurors are usually not required – or not permitted – to give reasons for their personal convictions (see paragraphs 85-89 above). In these circumstances likewise, Article 6 requires an assessment of whether sufficient safeguards were in place to avoid any risk of arbitrariness and to enable the accused to understand the reasons for his conviction (see paragraph 90 above). Such procedural safeguards may include, for example, directions or guidance provided by the presiding judge to the jurors on the legal issues arising or the evidence adduced (see paragraphs 43 et seq. above), and precise, unequivocal questions put to the jury by the judge, forming a framework on which the verdict is based or sufficiently offsetting the fact that no reasons are given for the jury's answers (see Papon, cited above). Lastly, regard must be had to any avenues of appeal open to the accused.